

# **Université Panthéon-Assas Julius-Maximilians-Universität Würzburg**

**Ecole doctorale de droit international, droit européen,  
relations internationales et droit comparé**

Thèse de doctorat en droit  
soutenue le 14 novembre 2014

Thèse de doctorat / novembre 2014

## **LE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE ET L'INEXÉCUTION DU CONTRAT** **Etude de droit comparé franco-allemande**



**Université Panthéon-Assas**

**Carine SIGNAT**

Sous la direction de Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON et  
M. Oliver REMIEN

Membres du jury :

Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON (Professeur à l'Université Panthéon-Assas),  
co-directeur

M. Oliver REMIEN (Professeur à l'Université de Würzburg), co-directeur

M. Guillaume WICKER (Professeur à l'Université Montesquieu-Bordeaux IV), rapporteur

M. Claude WITZ (Professeur à l'Université de la Sarre), rapporteur

M. Florian BIEN (Professeur à l'Université de Würzburg)

M. Jean-Sébastien BORGHETTI (Professeur à l'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.

*A mon mari Cristian sans qui rien n'eut été possible  
A mes parents et à ma sœur Aurélie pour leur soutien indéfectible  
A la mémoire de mon grand-père*

## *Remerciements*

*Je souhaite tout d'abord adresser mes plus vifs remerciements à mes deux directeurs de thèse. Ils ont permis que ce travail de recherche prenne forme, mûrisse et trouve un aboutissement aujourd'hui.*

*Ma profonde gratitude et mes sincères remerciements vont à Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque-Cosson, directrice de cette thèse en France, qui, depuis le début de ma recherche, n'a cessé de m'encourager et de me guider pour que je mène ce travail à terme. Sa confiance en moi et sa constante disponibilité ont été des plus précieuses. La générosité et l'enthousiasme qu'elle a manifestés à mon égard lors de nos échanges réguliers ont été d'un très grand réconfort.*

*Je tiens également à exprimer ma très grande reconnaissance à Monsieur le Professeur Oliver Remien, directeur de cette thèse en Allemagne, qui a accepté de s'engager avec beaucoup de patience dans l'aventure d'une thèse en cotutelle, sans précédent à l'Université de Würzburg. Je le remercie de m'avoir réservé un accueil chaleureux au sein de sa chaire et de m'avoir accordé sa confiance pour y enseigner.*

*Un grand merci à toute ma famille et à mes amis pour leur soutien.*

### *Résumé :*

La question de la mesure du pouvoir du juge s'impose lorsqu'on souhaite comparer l'étendue des pouvoirs du juge dans différents ordres juridiques donnés. Or force est de constater que les pouvoirs du juge sont appréhendés sous diverses notions dans les systèmes juridiques nationaux : il est fait tour à tour référence au pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, au pouvoir facultatif du juge, à son pouvoir modérateur, discrétionnaire, arbitraire. Toute la difficulté de la comparaison réside dans l'absence d'un instrument de mesure uniforme. A l'échelle supranationale, le terme anglais « Judicial discretion » constitue souvent le point de départ de discussions et d'analyses comparatives sur les pouvoirs du juge. Cette notion à forte coloration doctrinale sert de critère de mesure de l'ampleur des pouvoirs du juge dans les systèmes juridiques respectifs. On entend par pouvoir discrétionnaire le pouvoir donné au juge de choisir entre deux ou plusieurs décisions également conformes à la légalité. Le critère du libre choix est au cœur de la notion du pouvoir discrétionnaire du juge. Le pouvoir discrétionnaire constitue ainsi la forme la plus libre du pouvoir exercé par le juge. Bien qu'elle fasse office de dénominateur commun, la notion de pouvoir discrétionnaire est diversement entendue en droits français et allemand. Il en va ainsi en particulier à propos des notions-cadre et standards : ces derniers confèrent-ils au juge un pouvoir discrétionnaire ? Les réponses divergent d'un système à l'autre, ce qui a un impact sur l'image qu'on se fait des pouvoirs du juge. Une fois ces malentendus dissipés, reste à déterminer la part faite à ce pouvoir dans les suites de l'inexécution du contrat : exécution forcée en nature, délai d'exécution et révision, résolution.

*Descripteurs : Pouvoir discrétionnaire – facultatif – pouvoir arbitraire – pouvoir souverain d'appréciation – pouvoir lié – notion juridique indéterminée – notion-cadre – standard – clause générale – principes directeurs – équité – « dualisme » – « marge d'appréciation » – contrôle – interprétation – concrétisation – « unbestimmter Rechtsbegriff » – « richterliches Ermessen » – « Beurteilungsspielraum » – clause pénale – sanction – remède – droit – « Anspruch » – exécution forcée en nature – délai d'exécution – « Nachfrist » – révision – résolution – réduction du prix – imprévision.*

*Discretionary Power of the Judge and Breach of Contract. A Comparative Study of French and German Law*

*Abstract :*

How to measure a judge's power? This question is necessary, when it comes to comparing the extent of the powers of a judge in various given jurisdictions. It has to be noted, that the powers of a judge are gathered under diverse notions in national legal systems: successively, references are made to the sovereign judicial authority of the judge, the unfettered discretion of the lower courts, the authority to modify the legal situation, the discretionary power, the arbitrary power. The challenge in the comparison lies in the absence of a uniform measuring tool. On a supranational level, the English term "Judicial discretion" is very frequently the starting point for discussions and comparative analyses regarding the judge's power. This notion serves as criteria to measure the extent of the judge's powers in the respective legal systems. Discretionary power means the power given to the judge to choose between different decisions that are all conformable to law. The criterion of freedom of choice is in the center of the judge's discretionary power. The discretionary power is the most powerful authority of the judge. It is common sense that the judge has a discretionary power but the meaning of this term is differently interpreted by the national law, especially by the German and French law systems. This applies especially to the standards provisions or "open-textured" provisions : do they grant the judge a discretionary power? The answers vary from one system to the other, which has an impact on the image one has on the judge's powers. Once these misunderstandings are dispelled, it remains to determine the proportion this power has in the consequences of the non-performance of contract: specific performance, delay in execution, revision and termination.

*Keywords : Discretionary power – arbitrary power – sovereign judicial authority – related power – undetermined legal notion – standard – general clause – guiding principles – equity – "duality" – "margin of appreciation" – control – interpretation – "unbestimmter Rechtsbegriff" – "richterliches Ermessen" – "Beurteilungsspielraum" – penal clause – sanction – remedy – right – "Anspruch" – specific performance - delay in execution – "Nachfrist" – revision – termination – price reduction – hardship.*

## Principales abréviations

---

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Adde	Ajouter
AJDI	Actualité juridique de droit immobilier
al.	Alinéa
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Am.J.Comp.L	American Journal of Comparative Law
Ant.	Antonyme
AP	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Arch. phil. Droit	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht - Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
Bibl.	Bibliothèque
BT	Besonderer Teil
BT.-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

Bull. inf. C. Cass.	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cah. Cons. constit.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cass.	Cour de cassation
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de Paris
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. trav.	Code du travail
Chap.	Chapitre
Ch. Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
COJ	Code de l'organisation judiciaire
coll.	Collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
Contra	Solution ou opinion contraire
Contrats, conc. consom.	Contrats, Concurrence, Consommation
CPC	Code de procédure civile
CREDA	Centre de recherche sur le droit des affaires
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
crit.	Critique(s)
CVIM	Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (11 avril 1980)
D.	Recueil Dalloz
Dactyl.	Dactylographié
DCEV	Droit commun européen de la vente
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen



Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
DH	Recueil Dalloz hebdomadaire
DP	Dalloz périodique
Dir.	Sous la direction de
Diss.	Dissertation
doc.	Document
DriZ	Deutsche Richterzeitung
éd.	Edition
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
Ex.	Exemple
Fac-sim.	Fac-similé
F.a.M.	Frankfurt am Main
Fasc.	Fascicule
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Habil.	Habilitationsschrift
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK-BGB	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
ibid.	<i>Ibidem</i>
IDA	Institut de droit des affaires
IECL	International Encyclopedia of Comparative Law
IHR	Internationales Handelsrecht
Infra	Ci-dessous
In	Dans
IR	Informations rapides
J.-Cl.	Juris-Classeur
JCP	Semaine juridique (édition générale)
JCP E	Semaine juridique (édition entreprise)
JDI	Journal de droit international privé (Clunet)
JurJb	Juristen-Jahrbuch
JO	Journal officiel de la République française
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne

JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des tribunaux
jurisPK-BGB	juris PraxisKommentar BGB
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LG	Landgericht
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N°	Numéro
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
Nouv.	Nouveau
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW- Rechtsprechungs-Report
Obs.	Observations
OLG	Oberlandesgericht
op. cit.	<i>Opere citato</i>
p.	Page
PA	Petites affiches
PCCR	Projet de cadre commun de référence
PDEC	Principes du droit européen du contrat
Préc.	Précité(e)
Préf.	Préface de
Principes d'UNIDROIT	Principes relatifs aux contrats du commerce international (UNIDROIT)
pt.	Point
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht
Rappr.	A rapprocher de
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDC	Revue des contrats

RDI	Revue de droit immobilier
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
REDC	Revue européenne de droit de la consommation
Rép. civ.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil
Rép. cont. adm.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de contentieux administratif
Rép. proc. civ.	Encyclopédie Dalloz, Répertoire de procédure civile
Reprod.	Reproduction
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
RFDA	Revue française de droit administratif
RG	Numéro d'inscription au Répertoire général (registre du greffe) ou Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Reichsgericht in Zivilsachen (Entscheidungssammlung)
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJT	Revue juridique Thémis (Montréal)
RLDC	Revue Lamy Droit Civil
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	Suivant(e)s
S.	Sirey
Sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement

suppl.	Supplément
Supra	Ci-dessus
t.	Tome
TAHC	Travaux de l'Association Henri Capitant
Teilbd.	Teilband
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
trad.	Traduction
V.	Voir
Vol.	Volume
Vorb. (zu)	Vorbemerkung zu
vs.	<i>Versus</i>
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht / depuis janvier 2009 : Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Sommaire

---

(Une table des matières figure à la fin de la thèse)

### **PREMIÈRE PARTIE**

#### **LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE**

Chapitre préliminaire. Le choix d'un critère de définition

##### **Titre I. Le flottement terminologique en droit français**

Chapitre I. L'association des notions-cadre au pouvoir discrétionnaire du juge

Chapitre II. L'association des notions-cadre au pouvoir arbitraire du juge

##### **Titre II. Le « dualisme » du droit allemand**

Chapitre I. La distinction stricte opérée entre pouvoir discrétionnaire et notion juridique indéterminée : présentation d'une théorie

Chapitre II. Les difficultés de mise en œuvre du dualisme : la critique du « doctrinarisme »

### **DEUXIÈME PARTIE**

#### **LES POUVOIRS DU JUGE DANS LES SUITES DE L'INEXÉCUTION**

Chapitre préliminaire. Tendances générales

##### **Titre I. L'exécution forcée en nature**

Chapitre I. Pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature

Chapitre II. Devoir du juge d'ordonner l'exécution en nature

##### **Titre II. Le délai d'exécution et la révision du contrat**

Chapitre I. L'atteinte « indirecte » à la loi contractuelle des parties : le délai d'exécution

Chapitre II. L'atteinte directe à la loi contractuelle des parties : la révision du contrat

##### **Titre III. La résolution du contrat**

Chapitre I. Le modèle de résolution judiciaire

Chapitre II. Le modèle de résolution unilatérale

## Introduction

---

1. « Chez un peuple libre (...), le chef-d'œuvre de la législation est de savoir bien placer la puissance de juger »<sup>1</sup>. La formule de Montesquieu conserve une actualité au-delà de la théorie constitutionnelle. Aujourd'hui encore, la place du juge, ses pouvoirs, ses méthodes, continuent d'agiter les esprits<sup>2</sup> (I). Il en va ainsi également en matière contractuelle<sup>3</sup>, et notamment dans le contexte spécifique de l'inexécution du contrat (II). La méthode comparative, dont l'auteur fait figure de précurseur<sup>4</sup>, apporte à ce titre d'utiles éléments de réflexion (III).

### I. Les pouvoirs du juge en question

2. **Dessaisissement et montée en puissance** : tel est le double mouvement contradictoire qui caractérise l'évolution du rôle du juge civil en général, et spécialement en matière d'inexécution du contrat. En effet, si certains phénomènes suggèrent un déclin du juge, d'autres, au contraire, traduisent un dynamisme retrouvé, une volonté positive d'adaptation aux changements qui lui fait résolument occuper des champs nouveaux<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Livre XI, chap. XI.

<sup>2</sup> V. en dernier lieu P. DELMAS-GOYON, « "Le juge du 21<sup>ème</sup> siècle". Un citoyen acteur, une équipe de justice », Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice, décembre 2013 ; *La prudence et l'autorité. L'office du juge au XX<sup>e</sup> siècle*, Rapport de la mission de réflexion confiée par Madame Christiane Taubira, garde des Sceaux, à l'Institut des hautes études sur la justice, sur l'évolution de l'office du juge et son périmètre d'intervention, Rapport de l'IHEJ, mai 2013.

<sup>3</sup> V. D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat – Variations optimistes sur un couple "illégitime" », *Mélanges Jean-Luc AUBERT*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235 et s.

<sup>4</sup> M. ANCEL, « Politique législative et Droit comparé », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 10.

<sup>5</sup> F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GÉRARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 7.

3. L'essor de ce qu'il est convenu d'appeler les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), où le juge se trouve cantonné à un rôle de déclencheur de la procédure de médiation, et/ou d'enregistreur d'accords obtenus en dehors de lui, illustre parfaitement l'idée de dessaisissement du juge<sup>6</sup>. Bien que ce mouvement ne soit pas spécifique aux cas d'inexécution des contrats, ni même au contentieux contractuel, il se déploie en grande partie dans ce cadre<sup>7</sup>. On connaît les vertus qui sont prêtées à ces modes d'« évitement du juge civil »<sup>8</sup> : souplesse, rapidité, économie, confidentialité, et possibilité conférée aux parties, surtout lorsqu'il s'agit d'entreprises, de garder la haute main sur le litige<sup>9</sup>. Si le juge civil se voit ainsi évincé, les divers procédés font le plus souvent intervenir un (autre) intermédiaire ou reposent à tout le moins sur un accord entre les deux parties. Sur ce point, les MARC se distinguent d'un autre phénomène plus récent, dénommé l'unilatéralisme dans le contrat. Le terme désigne l'aptitude d'une personne à créer des effets de droit par l'expression de sa seule volonté<sup>10</sup>. Ainsi, même si la prérogative unilatérale peut trouver son origine dans un accord (d'où l'expression d'unilatéralisme *conventionnel*), l'effet de droit n'en est pas moins le résultat de l'expression d'une volonté unilatérale. S'il touche tous les stades du processus contractuel, le phénomène d'unilatéralisme tend à s'affirmer spécialement en matière d'inexécution du contrat. A ce niveau, il se matérialise par des sanctions extrajudiciaires (ou unilatérales) de l'inexécution, qui autorisent le créancier à agir *directement* – donc sans l'intermédiaire du juge – afin de protéger ses intérêts que l'inexécution du débiteur a mis en danger. La résolution unilatérale du contrat est exemplaire à ce titre. Le développement de ces sanctions prononcées par une seule partie au contrat entraîne lui aussi un certain effacement du juge, du moins un déplacement de ses

<sup>6</sup> V. en ce sens déjà P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 104.

<sup>7</sup> P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », *ibid.* A ce titre, on notera que la Commission européenne a dévoilé récemment son intention de promouvoir le règlement extrajudiciaire des litiges de nature contractuelle opposant les consommateurs aux professionnels (fournisseurs de biens ou prestataires de services) : v. COM(2011) 791 final. Deux initiatives complémentaires ont été proposées : une directive sur le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) et un règlement relatif au règlement en ligne des litiges (RLL) de consommation. Le REL repose sur l'intervention d'un tiers (un arbitre ou un médiateur par ex.), qui doit répondre à un certain nombre de principes de qualité, tels que l'impartialité, la transparence, l'efficacité et l'équité. La directive 2013/11/UE du 21 mai 2013 et le règlement (UE) n° 524/2013 du 21 mai 2013 ont été publiés au JOUE L 165 du 18 juin 2013.

<sup>8</sup> S. GUINCHARD, « L'évitement du juge civil », in J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 221.

<sup>9</sup> V. Ch. JARROSSON, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, p. 326 et s. (qui exclut l'arbitrage de ses propos).

<sup>10</sup> L. AYNÈS, « Rapport introductif », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 3.

pouvoirs d'intervention. Il en est particulièrement ainsi lorsque les sanctions unilatérales se substituent purement et simplement aux sanctions judiciaires de l'inexécution. Plus spécifique à la matière qui nous intéresse, l'inexécution, c'est ce dernier phénomène qui nous retiendra, bien que la doctrine française n'hésite pas à regrouper les MARC et les sanctions unilatérales indistinctement sous le label de « justice privée ».

4. En même temps qu'il se voit dépossédé de certaines compétences, le juge gagne de nouveaux terrains. En effet, il lui incombe aujourd'hui, « face à la défaillance, à l'imperfection ou à la confusion des lois, face aux conflits de normes et à l'affrontement des intérêts particuliers, d'attribuer à chacun son dû, de distinguer ce qui est licite et ce qui est illicite, de fixer par ses censures et ses condamnations les frontières du bien et du mal »<sup>11</sup>. C'est dire que le juge est tour à tour « co-auteur » de la loi, contrôleur, voire censeur de celle-ci, et arbitre des intérêts particuliers. Autant de (nouvelles) missions qui expliquent le sentiment général et le constat récurrent d'une « montée en puissance » du juge<sup>12</sup>.

On est bien loin ici de la conception traditionnelle de l'office du juge qui voudrait que les juges ne soient que « la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>13</sup>. On sait que les Révolutionnaires croyaient en la possibilité d'un juge « automate » (*Paragraphenautomat*) (Max Weber), autrement dit en la possibilité de réduire la fonction de jugement à l'application mécanique des normes législatives<sup>14</sup>. Aujourd'hui encore, l'acte juridictionnel est présenté comme empruntant la forme d'un syllogisme dont la majeure est la loi, la mineure le fait et le jugement la conséquence<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges, L'Etat de justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, t. II, Paris, Gallimard, 2012, p. 12.

<sup>12</sup> V. parmi d'autres : J. KRYNEN, *L'emprise contemporaine des juges, op. cit.*, spéc. p. 9 et 12 (qui préfère toutefois parler d'un « renouveau des tâches » plutôt que d'une « montée en puissance » de la justice, dans la mesure où la dernière expression donnerait à croire que les magistrats sont en cause, mus d'illégitimes ambitions) ; *Les Entretien de Provence. Le juge dans la société contemporaine* (à l'initiative de R. BADINTER et S. BREYER), Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003 ; P. GIRARD, « L'évolution du rôle des juges », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 361 et s.

<sup>13</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. XI.

<sup>14</sup> J. KRYNEN, *op. cit.*, p. 35.

<sup>15</sup> V. parmi d'autres Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013, n° 190. L'idée que le juge doit se contenter d'exposer le syllogisme qui conduit à la décision explique en particulier que le jugement français se ramène à quelques phrases.



Or la loi est souvent bien affaiblie pour prétendre dicter la décision judiciaire. Deux facteurs essentiels contribuent à cet état.

D'abord, la loi est placée sous l'autorité de grands principes qu'elle doit respecter<sup>16</sup>. Si l'on songe immédiatement aux principes constitutionnels ou aux normes internationales qui lui sont supérieures, en matière proprement contractuelle, il faut mentionner également les principes fondamentaux ou fondateurs du droit des contrats<sup>17</sup>, tels la liberté ou la loyauté contractuelles, qui, bien qu'ils ne soient pas exprimés formellement, sous-tendent les règles qui forment la matière du droit des contrats. Ces principes généraux du droit des contrats, qui n'ont pas, dans l'absolu, une valeur supérieure aux règles contractuelles, servent toutefois de guide d'interprétation au juge. Le potentiel de pouvoir qu'ils recèlent pour le juge se mesure à l'aune des vives réactions qu'a suscitées l'idée d'exprimer formellement des principes qualifiés de « principes directeurs » en droit français et en droit européen des contrats. Loin d'y voir un facteur de sécurité du droit, certains auteurs craignent que ces principes ne favorisent l'intervention du juge dans le contrat<sup>18</sup>. Selon la critique, le danger provient du fait que ces principes directeurs, à portée transversale, sont dans la main du juge qui, sur le fondement de l'article 16 al. 3 du Code de procédure civile (CPC)<sup>19</sup>, peut les appliquer quand il l'estime opportun, faisant abstraction du contexte contractuel si bon lui semble<sup>20</sup>. Chacun d'eux deviendrait ainsi un chef de cassation et rien n'empêcherait de les combiner selon une pondération qu'il appartiendra au juge de définir<sup>21</sup>.

Ensuite, on assiste aujourd'hui à une multiplication des clauses générales et des notions-cadre à contenu variable, surtout dans les instruments européens d'harmonisation du droit des contrats, au point qu'on peut parler d'un trait marquant de la législation civile contemporaine (et future)<sup>22</sup>. Ces procédés participent à un

---

<sup>16</sup> Ch. LEVEBVRE, J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? » - « Club du Châtelet », JCP 2011, n° 51, 1431. A ce titre, F. TERRÉ n'hésite pas à dénoncer ce qu'il appelle une « principolatrie », qui servirait à favoriser la généralisation et l'abstraction, au détriment de la circularité nécessaire du fait et du droit : « La proportionnalité comme principe ? », JCP 2009, n° 25, 31.

<sup>17</sup> V. F. TERRÉ, « Les principes fondateurs du droit français des contrats », in *Principes fondateurs des droits français et russe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 341 et s. En droit allemand, v. D. OLZEN, in *Staudinger BGB*, Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243, 15. Aufl., Berlin, Sellier – de Gruyter, 2014, Einleitung, n° 25 et s.

<sup>18</sup> A. GHOZI, Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », D. 2008, p. 2609 et s., n° 3.

<sup>19</sup> Art. 16 al. 3 CPC : « Il [le juge] ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».

<sup>20</sup> A. GHOZI, Y. LEQUETTE, art. préc., n° 5.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> V. parmi d'autres Ch. LEVEBVRE, J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? » - « Club du Châtelet », art. préc. ; S. GRUNDMANN, « Zukunft des Vertragsrechts », in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Berlin/New York, Walter de

assouplissement des règles formant la matière du droit des contrats, favorisant le pouvoir d'appréciation du juge. En cela, ils constituent à n'en pas douter un facteur de judiciarisation, si l'on entend par là une majoration du pouvoir d'appréciation des tribunaux dans l'application contentieuse des règles en question<sup>23</sup>. Certains n'hésitent pas à voir ici une « emprise indirecte du juge sur le contrat »<sup>24</sup>.

Cette évolution entraîne un renouvellement des méthodes du juge (1) et vient fragiliser la conception française du rôle du juge dans le contrat (2).

### **1) Renouvellement des méthodes : la question de la mesure du pouvoir d'appréciation du juge**

5. L'évolution décrite ci-dessus entraîne tout d'abord une remise en cause, voire un bouleversement des méthodes de travail du juge<sup>25</sup>. Selon certaines analyses, il n'est plus question ici de raisonnement sous la seule forme d'un syllogisme mais également de mettre en balance les intérêts et les valeurs en présence en s'assurant de leur juste proportionnalité<sup>26</sup>. C'est dire que l'on passerait d'une logique formelle, déductive, à une logique discursive. Comme le décrètent certains, la complexité du droit consacre le règne de l'argumentation<sup>27</sup>. Il y aurait là précisément un élément essentiel de la montée en puissance du juge : en effet, dans certains pays à tout le moins, le forum judiciaire est le lieu où s'exercent le plus aisément et de la manière la

Gruyter, 2010, p. 1035 et s. (ou la version anglaise : « The Future of Contract Law », ERCL 4/2011, p. 490 et s.).

<sup>23</sup> V. A. JEAMMAUD, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, v° Judiciarisation/Déjudiciarisation, p. 676.

<sup>24</sup> V. D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? (*Bis sed non repetita...*) », in *Etudes offertes au professeur Philippe MALINVAUD*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, p. 420 (« Par emprise indirecte du juge, on entend les cas dans lesquels le juge s'immisce dans la loi contractuelle par le biais de standards, de notions cadres, de normes flexibles, tels la bonne foi, le raisonnable, l'équité, etc. »). De même, en Allemagne, certains auteurs dénoncent une atteinte à l'autonomie privée des parties (« Eingriff in die Privatautonomie ») : v. par ex. C. HERRESTHAL, « Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach dem Vorschlag der Kaufrechts-Verordnung », in H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, N. JANSEN, R. SCHULZE (dir.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München, Sellier. European law publishers, 2012, p. 85 et s.

<sup>25</sup> Pour certains, il s'agit là de l'évolution la plus marquante : v. P. GIRARD, « L'évolution du rôle des juges », art. préc., p. 367.

<sup>26</sup> P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 105 (à propos du pouvoir qu'a le juge de contrôler la loi).

<sup>27</sup> Ch. LEVEBVRE, J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? » - « Club du Châtelet », art. préc. (avec d'autres références).

plus ordonnée la contradiction et le flux d'opinions pour/contre<sup>28</sup>. Toutes considérations qui conduisent à se demander si la « bouche n'a pas pris le pouvoir ? »<sup>29</sup>.

**6. Le mot pouvoir.** Dans une conception idéale où la puissance du juge a vocation à être (quasiment) nulle, le terme de *pouvoir* a un sens fort et une certaine connotation. Au sens premier, il désigne la *fonction* qui revient au juge<sup>30</sup>. C'est d'ailleurs sous la dénomination neutre de « rôle du juge » (« Richterrolle ») que la doctrine allemande appréhende plus volontiers ce que nous appelons le pouvoir du juge. C'est surtout vrai en droit civil. En effet, celle-ci demeure réticente à utiliser l'expression « *Richtermacht* », qui est la traduction littérale de « *pouvoir* du juge ». Comme l'a expliqué un auteur, l'expression a longtemps paru choquante et inconvenante au juriste allemand et tout particulièrement au juge allemand, et pour certains, elle l'est encore aujourd'hui<sup>31</sup>. C'est qu'il existait un véritable *credo* juridique consistant à croire que le juge serait limité à faire une application quasi-mécanique de la loi, et qu'il devrait s'abstenir de toute décision de volonté *personnelle*. C'est là une réflexion intéressante qui laisse transparaître ce qu'il y a de connoté, de sous-entendu, dans le terme *pouvoir* du juge, à savoir une certaine émancipation du personnage, une certaine prise d'autonomie, l'affirmation d'une volonté autonome. Or, une telle évolution se fait nécessairement aux dépens d'autrui : c'est ainsi que l'expression est utilisée généralement pour marquer une certaine usurpation du pouvoir normatif par les tribunaux<sup>32</sup> ou encore une certaine forme d'immixtion du juge dans le contrat<sup>33</sup>. S'interroger sur les pouvoirs du juge au stade

<sup>28</sup> R. BADINTER, in *Les Entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, op. cit., p. 119.

<sup>29</sup> V. Ch. LEVEBVRE, J.-C. MARIN, art. préc.

<sup>30</sup> *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, v<sup>o</sup> Pouvoir (« syn. de fonction »).

<sup>31</sup> O. BACHOF, *Grundgesetz und Richtermacht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1959, p. 7 : « (...) Schon der Ausdruck "Richtermacht" hat lange Zeit hindurch dem deutschen Juristen und nicht zuletzt dem deutschen Richter anstößig geklungen, und manchem mag er noch heute anstößig klingen. War es doch einmal fast ein juristisches Glaubensbekenntnis, daß der Richter auf die in streng logischen Denkvorgängen sich vollziehende Anwendung des Gesetzes beschränkt sei und sich jeder eigenen Willensentscheidung zu enthalten habe (...) ».

<sup>32</sup> V. par ex. G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 7. Kap., n<sup>o</sup> 11 : « Als Fazit bleibt : Die richterliche Macht steigt und steigt. Die Zeiten, in denen der Richter als "bouche de la loi" erschien, sind längst vorbei » ; B. RÜTHERS, « Wozu auch noch Methodenlehre ? Die Grundlagenlücken im Jurastudium », *JuS* 2011, p. 869.

<sup>33</sup> H. TITZE, *Richtermacht und Vertragsinhalt [Pouvoir du juge et contenu du contrat]*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1921 (il s'agit d'une des rares études à utiliser l'expression de « pouvoir du juge » en droit civil, et plus spécialement en lien avec le contrat).

de l'inexécution du contrat conduit donc à étudier les *rappports de pouvoir* existant entre le juge et les parties au contrat en la matière<sup>34</sup>.

**7. Le pouvoir discrétionnaire.** Le concept qui traduit le mieux l'existence d'une volonté propre, autonome du juge, qui s'émancipe ainsi du texte de la loi ou de la lettre du contrat, est celui du pouvoir discrétionnaire. En effet, s'en remettre à la discrétion de quelqu'un, c'est s'en rapporter à sa sagesse, à sa compétence, à son jugement, à sa volonté<sup>35</sup>. Peu utilisé en droit civil des contrats, il compte parmi les concepts clés du droit administratif, où il désigne « un pouvoir de libre appréciation que la loi laisse à l'agent administratif »<sup>36</sup>. Le pouvoir discrétionnaire s'oppose ainsi au pouvoir dit lié de l'administration, qui oblige l'administration à prendre un acte dès lors que les conditions légales sont réunies, et qui se caractérise donc par « l'automaticité » de l'action du titulaire de la compétence<sup>37</sup>. C'est dire combien l'exercice du pouvoir discrétionnaire laisse place aux éléments de volition de l'agent d'application de la loi. Cette forme de liberté n'est nullement inconnue en droit des contrats. Ici, elle est le plus souvent envisagée sous le terme de « pouvoir facultatif » (ou « faculté ») du juge<sup>38</sup>. On entend par là la faculté laissée au juge de prendre ou non une mesure ou de choisir entre plusieurs mesures différentes<sup>39</sup>. Ainsi, une sanction a-t-elle un caractère obligatoire ou facultatif selon que le juge est tenu de la prononcer ou non<sup>40</sup>. La matière d'inexécution du contrat constitue un terrain d'observation privilégié de ce « pouvoir facultatif ». Il n'y a qu'à penser à l'article 1184 al. 3 C. civ. qui autorise le juge à accorder au débiteur un délai de grâce au lieu

<sup>34</sup> Comme on l'a souligné à juste titre (v. J. NORMAND, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., v° Office du juge), les pouvoirs du juge se déterminent, en pratique, par rapport aux prérogatives qui bénéficient aux parties. Autrement dit, la détermination des pouvoirs respectifs du juge et des parties est précisément l'angle sous lequel la question de l'office du juge est le plus couramment abordée. Si c'est particulièrement vrai pour la matière procédurale (v. l'intitulé parlant de l'article de R. STÜRNER : « *Parteiherrschaft versus Richtermacht (Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz)* », ZJP 2/2010, p. 147), cela vaut aussi pour le droit substantiel.

<sup>35</sup> *Le Robert*, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, t. 2, Paris, 1972.

<sup>36</sup> R. BONNARD, « Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir », RDP 1923, p. 363 (cité d'après A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg III, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 2, p. 3).

<sup>37</sup> B. KORNPROBST, « La compétence liée », RDP 1961, p. 935 (cité d'après A. BOUVERESSE, op. cit., n° 4).

<sup>38</sup> V. par ex. Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Civ., Art. 1146-1155, Fasc. 22, n° 118 (« pouvoir facultatif exceptionnel », à propos du pouvoir du juge de réduire le montant d'une clause pénale excessive).

<sup>39</sup> V. *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v° Facultatif : « Laisse au gré d'un intéressé. Ant. *obligatoire, impératif* ; laissé à l'appréciation du juge (...), par opp. à ce qui est de droit (...) ».

<sup>40</sup> Sur le caractère facultatif de la plupart des sanctions qui atteignent le contrat, v. J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, TAHC, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 50.

de prononcer la résolution du contrat<sup>41</sup>. En ce sens, pouvoir discrétionnaire et « pouvoir facultatif » peuvent être pris comme synonymes<sup>42</sup>.

Lorsque les civilistes anglais ou allemands viennent à étudier l'article 1184 C. civ., donc le régime français de la résolution du contrat, ils y voient tous la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire du juge (*judicial discretion / richterliches Ermessen*)<sup>43</sup>. Au niveau européen et international, c'est ce concept qui est retenu généralement lors des rencontres entre juristes venant d'horizons juridiques différents, pour discuter de l'étendue des pouvoirs du juge et de sa montée en puissance<sup>44</sup>. Cela se justifie aisément : il s'agit d'une notion générale, transversale, qui se retrouve dans toute branche du droit confondue. En effet, la question du degré de liberté revenant au juge dans l'exercice de son office n'est pas propre au droit civil. Ainsi, tout comme en droit administratif, le pouvoir discrétionnaire (du juge) est entendu comme le pouvoir donné au juge de choisir entre deux ou plusieurs décisions également conformes à la légalité<sup>45</sup>. Le critère du libre choix est donc au cœur de la notion du pouvoir discrétionnaire du juge. Dans la gradation du pouvoir, le pouvoir discrétionnaire constitue sans nul doute la forme la plus libre du pouvoir exercé par le juge, si l'on excepte le pouvoir arbitraire qui est lui illégitime, dans la mesure où il ne repose pas sur un fondement légal<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Le caractère facultatif de la résolution pour le juge est souligné par J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 252.

<sup>42</sup> Comp. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 390 : « Néanmoins, la nullité est parfois facultative : le juge saisi d'une demande en nullité dispose, en ce cas, d'un pouvoir discrétionnaire pour la prononcer, et ceci alors même que les conditions de la nullité sont réunies ».

<sup>43</sup> V. notamment E. A. FARNSWORTH, « Comparative Contract Law », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, p. 925 ; H.-G. LANDFERMANN, *Die Auflösung des Vertrages nach richterlichem Ermessen als Rechtsfolge der Nichterfüllung im französischen Recht*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1968.

<sup>44</sup> V. les actes du Congrès de droit comparé de Vienne en date de 1963, organisé par la « société (allemande) de droit comparé », la *Gesellschaft für Rechtsvergleichung*, portant sur le pouvoir discrétionnaire et l'équité du juge civil : *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964 (qui comprend une contribution française de Pierre BONASSIES) ; les actes du colloque de Gent en date de 2000 : M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003 ; O. WIKLUND (dir.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Norstedts Juridik, Kluwer Law International, 2003.

<sup>45</sup> V. à titre exemplaire la définition donnée par A. BARAK, « The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice », in *Judicial Discretion in European Perspective, op. cit.*, p. 15 : « (...) judicial discretion as the power given to a judge to choose between two or more alternatives, when each of the alternatives is lawful ».

<sup>46</sup> Selon le *Vocabulaire juridique* de G. CORNU, *op. cit.*, v° Arbitraire, la décision arbitraire « n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre ». Le pouvoir discrétionnaire, pour sa part, puise son existence et trouve ses limites dans une source qui lui est extérieure – la norme habilitante – le caractérisant comme un pouvoir légal : v. A. BOUVERESSE, *op. cit.*, n° 3 (avec d'autres références).

8. Il reste que la notion de pouvoir discrétionnaire est affectée d'un quotient d'incertitude. A l'intérieur même des systèmes juridiques nationaux, les éléments de définition du pouvoir discrétionnaire, ses enjeux et son application concrète continuent à diviser<sup>47</sup>. Au cœur des interrogations : l'étendue des pouvoirs du juge faisant face aux notions-cadre et standards<sup>48</sup>. Pour certains, le pouvoir discrétionnaire est nourri précisément par l'incertitude du droit<sup>49</sup>. Ainsi, la prolifération des « normes souples »<sup>50</sup> serait synonyme d'une recrudescence du pouvoir discrétionnaire du juge. Pour d'autres, la doctrine majoritaire allemande en particulier, les notions juridiques indéterminées ne confèrent nullement un pouvoir discrétionnaire au juge (*Ermessen*) mais seulement une plus grande marge d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*)<sup>51</sup>. Au fond, la question est donc de savoir si l'utilisation d'énoncés généraux, de clauses générales ou de notions indéterminées revient à conférer au juge un « pouvoir facultatif », c'est-à-dire le pouvoir de faire droit ou non à la demande des parties respectives, selon un choix qui n'appartiendrait qu'à lui seul ? C'est là la question fondamentale de l'étendue des pouvoirs du juge et de sa mesure.

La question de la mesure du pouvoir d'appréciation du juge s'impose lorsqu'on souhaite comparer l'étendue des pouvoirs du juge dans différents ordres

<sup>47</sup> C'est le constat déjà effectué par A. BOUVERESSE, *op. cit.*, n° 1.

<sup>48</sup> Comp. G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, in *Les Entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, *op. cit.*, p. 329 : « la question essentielle est de mesurer le degré de liberté de choix dont dispose le juge dans les différentes circonstances ».

<sup>49</sup> V. notamment A. BARAK, « The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice », art. préc., spec. p. 16 et 19.

<sup>50</sup> Il faut distinguer l'idée de norme « souple » où nous l'entendons ici, à savoir une règle juridique (contraignante) contenant des notions juridiques indéterminées, autrement dit une règle juridique énoncée de façon très générale, laissant ainsi un large pouvoir d'appréciation au juge, et le concept de « droit souple » récemment défini et mis en lumière par le Conseil d'Etat, dans son rapport annuel de 2013 (v. *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat – Le droit souple*, Paris, La Documentation française, 2013). Le « droit souple », tel que le définit le Conseil d'Etat (CE) est d'une toute autre facture. Pour le CE, le droit souple « regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives » : d'abord, « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion » ; ensuite, « ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » ; enfin, « ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » (*Etude annuelle* préc., p. 61). Ainsi défini, le droit souple s'oppose au droit dur. Il s'en distingue essentiellement par le fait qu'il n'a pas de force contraignante. Notons qu'en raison de leur caractère non contraignant, les codifications savantes de droit européen des contrats, dénommées Principes, participent de ce droit souple, lequel prend des formes très diverses (accords, avis, chartes, circulaires, codes de bonne conduite, etc.). Pour notre part, ce n'est pas la nature de ces Principes qui nous retiendra mais leur contenu, c'est-à-dire les règles projetées par leurs auteurs, et qui contiennent une multitude de standards et de notions-cadre à contenu variable. C'est précisément l'impact de ces notions-cadre sur l'étendue des pouvoirs du juge que nous nous proposons d'étudier.

<sup>51</sup> La traduction allemande de l'intitulé de l'ouvrage rassemblant les communications données au colloque de Gent en 2000 sur le pouvoir discrétionnaire du juge (traduit en français par : *Compétence discrétionnaire du juge : limites et contrôle*) est révélatrice à elle seule. En effet, l'intitulé a été traduit par : *Entscheidungsspielraum des Richters : Grenzen und Kontrolle*, donc par « marge de décision du juge » et non pas par « pouvoir discrétionnaire du juge » (« richterliches Ermessen »), qui a une acception bien précise et restrictive en droit allemand.

juridiques donnés. En effet, suivant la conception qu'on se fait du pouvoir discrétionnaire du juge, et plus précisément de la nature du pouvoir exercé par le juge en présence de notions indéterminées, l'image qu'on peut avoir de l'étendue des pouvoirs du juge dans un modèle contractuel donné peut varier. Ainsi, si la doctrine allemande considère généralement que le modèle contractuel français est celui qui confère le plus de pouvoir (discrétionnaire) au juge – et s'en distancie de ce fait – c'est parce qu'elle part d'une définition restrictive du pouvoir discrétionnaire qui n'englobe pas les notions-cadre et standards. On constate à ce titre que la doctrine allemande et la doctrine française ont parfois une perception différente du degré de liberté conféré au juge au travers des techniques législatives souples. Ces divergences méritent d'être soulignées parce qu'on ne les suppose pas forcément : en effet, les systèmes juridiques français et allemand reposent tous deux sur des codes écrits ainsi que sur le paradigme de la loi, au point d'être rangés au sein d'une même famille juridique, la famille de droit romano-germanique<sup>52</sup>. C'est dire qu'il y a là une première source de malentendus. Toute la difficulté de la comparaison de l'étendue des pouvoirs du juge réside dans l'absence d'un instrument de mesure uniforme.

9. Cette difficulté est en même temps une source de richesse. En effet, les contributions étrangères relatives à la notion du pouvoir discrétionnaire du juge sont autant d'apports à la réflexion française sur les pouvoirs du juge, qui ne connaît bien souvent que l'alternative : syllogisme ou arbitraire<sup>53</sup>. Il est certain que le déplacement du pouvoir normatif vers les tribunaux opère en même temps un changement relatif au contenu du droit : le cas particulier et la recherche d'une justice du cas particulier, de l'équité passent alors au premier plan<sup>54</sup>. Or on sait qu'en France, pour des raisons historiques, l'équité est considérée comme la « part maudite du jugement », « la part du jugement qui échappe au raisonnement juridique, pour plonger dans une

---

<sup>52</sup> V. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2002, spéc. n° 17 et 25 et s. (édités pour la 1<sup>re</sup> fois en 1964). Les auteurs distinguent trois grandes familles à partir d'un double critère idéologique et technique (v. Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, n° 16) : la famille romano-germanique, la famille de *common law* et l'ancienne famille des droits socialistes.

<sup>53</sup> C'est ainsi que répondant à certaines voix, G. CANIVET avait fait observer dans son discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le 7 janvier 2005 (reproduit dans le *Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation*, p. 29), que « (...) l'ordre juridique français n'est ni abandonné à une application mécanique de la loi ni soumis à l'arbitraire du juge. Il repose sur une collaboration équilibrée entre l'une et l'autre ».

<sup>54</sup> G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa, op. cit.*, 7. Kap., n° 12 : « Die Verlagerung der Macht auf die Rechtsprechung bedeutet nicht nur eine Änderung im Hinblick auf den Rechtsproduzenten, sondern auch im Hinblick auf den Rechtsinhalt. Der Einzelfall und das Streben nach Einzelfallgerechtigkeit, nach Billigkeit schieben sich in den Vordergrund ».

évaluation forcément subjective dont suspecte d'arbitraire »<sup>55</sup>. Aussi les notions-cadre ou standards convoquent chez beaucoup l'école du bon droit, de l'équité, du bon juge, doctrines qui inquiètent. Autant de facteurs qui expliquent une crise d'identité chez les juges<sup>56</sup>, tout comme une crise de la doctrine.

L'évolution du droit a donné naissance à de nouveaux concepts<sup>57</sup>, comme celui de notions à contenu variable ou celui de pouvoir modérateur et correcteur du juge<sup>58</sup>. Il règne toutefois en la matière un certain flou conceptuel : il est fait tour à tour référence au pouvoir facultatif du juge, à son pouvoir discrétionnaire, arbitraire, modérateur, à son pouvoir de juger en équité. Bien souvent, la doctrine utilise ces concepts sans les délimiter les uns des autres, ce qui rend difficile la mesure du pouvoir d'appréciation du juge.

Le concept de pouvoir modérateur du juge est celui qui est le plus utilisé en droit civil des contrats (français). Il est moins, voire très peu usité en droit allemand. Le doyen Cornu a été le premier à définir, dès 1972, les éléments de ce pouvoir judiciaire. Ce dernier l'a défini comme un pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi dans des cas spécifiés (exceptionnels) de déroger à l'application normale de la règle de droit, lorsque celle-ci entraînerait, dans le cas particulier soumis au juge, des conséquences d'une rigueur manifestement excessive<sup>59</sup>. L'adjectif « modérateur » est significatif à lui seul d'un pouvoir qui n'est pas dans la ligne de la conception traditionnelle de l'office du juge, suivant laquelle « la loi est une puissance absolue devant laquelle doivent s'incliner les considérations et les volontés. Tempérer ou modérer ses dispositions, c'est se placer au-dessus d'elle »<sup>60</sup>. Si elle marque donc assurément une certaine liberté du juge, la notion vise davantage à expliciter l'effet recherché qu'à définir la marge d'appréciation qui revient au juge dans l'exercice de cette prérogative<sup>61</sup>. Comme il a pu être relevé, le pouvoir modérateur du juge se base

<sup>55</sup> D. SALAS : « L'équité ou la part maudite du jugement », in *Justice et Équité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 114.

<sup>56</sup> C'est un constat effectué notamment par L. DE CARBONNIÈRES, in J. NORMAND, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, op. cit., 2004, v° Juge (Aujourd'hui). De même, en Allemagne, on a pu relever qu'il n'y avait aucun consensus sur ce que devrait être le modèle du (bon) juge : v. P. KAUFFMANN, « Richterleitbilder heute – Eine rechtssoziologische Betrachtung », DRiZ 2008, p. 194 et s. Au niveau européen, v. J.-M. SAUVÉ, « Qu'est-ce qu'un bon juge européen ? », D. 2011, p. 1336.

<sup>57</sup> A ce titre, v. J.-L. BERGEL, « A la recherche de concepts émergents en droit », D. 2012, p. 1567 et s.

<sup>58</sup> V. P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 100-102.

<sup>59</sup> *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, op. cit., v° Modérateur (pouvoir).

<sup>60</sup> Tels les propos d'un magistrat (1836) reproduits par J. KRYNEN, op. cit., p. 162.

<sup>61</sup> Comp. G. CORNU, *Droit civil, Introduction, les personnes, les biens*, Paris, Montchrestien, 1980, p. 239 : « Le pouvoir modérateur a toujours un caractère subversif ».



toujours sur des énoncés généraux et même sur des standards juridiques<sup>62</sup>. Il se démarque de la technique de l'énoncé général simplement par le fait que la fonction du juge, parce qu'elle est modératrice, est plus précise que celle qui découle de la technique de l'énoncé général<sup>63</sup>. Le concept du pouvoir modérateur ne se confond donc nullement avec le concept de notion à contenu variable ou encore avec celui du pouvoir discrétionnaire, bien qu'il puisse exister certains recoupements entre les trois. D'où l'intérêt de s'interroger dans un premier temps, dans une étude comparative sur les pouvoirs du juge, sur ce qu'on entend par « pouvoir discrétionnaire » dans les systèmes juridiques envisagés.

Notons que si l'on peut parler d'une crise du juge et d'une crise de la doctrine en lien avec la multiplication des notions-cadre et standards, on peut parler également d'une crise du contrat consécutive. En effet, dans les rapports contractuels, les notions à contenu variable, telles les notions de bonne foi, d'équité, etc., favorisent, comme l'ont laissé entendre les critiques, l'interventionnisme du juge, notamment dans les contextes d'inexécution<sup>64</sup>. Ce faisant, elles viennent remettre en cause l'opposition généralement effectuée en droit français des contrats entre le pouvoir de sanction (de l'inexécution) et le pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat.

## **2) Remise en cause de la conception française du rôle du juge dans le contrat : la relativisation de la distinction entre pouvoir de sanction et pouvoir d'immixtion**

**10.** Selon la formule d'Yves Lequette, en droit français des contrats, le juge est placé en sentinelle à l'entrée et à la sortie du contrat, et joue un rôle discret durant la vie de celui-ci<sup>65</sup>. Derrière cette image qui résume la conception française du rôle du juge dans le contrat apparaît en filigrane une distinction entre le pouvoir de sanction proprement dit et le pouvoir (potentiel) d'immixtion dans le contrat. En stricte

---

<sup>62</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 383 et s.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> V. P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », art. préc., p. 104.

<sup>65</sup> Propos introductifs tenus lors du VIème colloque de l'Association du Master 2 Droit privé général de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), le 10 mai 2012 à Paris, sur le thème : « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », RDC 2012, p. 1393 et s.

logique, une étude portant sur les pouvoirs du juge au stade de l'inexécution du contrat devrait conduire à n'envisager que son pouvoir de sanction (de l'inexécution).

Un tel découpage se justifie aisément si l'on appréhende le contrat depuis sa formation jusqu'à son extinction, selon un plan chronologique. De façon sommaire et simplifiée, on peut distinguer alors trois questions distinctes : la formation, le contenu du contrat ou plus généralement l'exécution, et l'inexécution. C'est dire que le juge peut être amené à intervenir à chacun de ces titres : premièrement pour vérifier les conditions de validité du contrat et sanctionner une éventuelle irrégularité en la matière, deuxièmement pour vérifier, voire déterminer le contenu des obligations, et troisièmement pour régler le contentieux de l'inexécution du contrat. Or, ce qui fait naître chez nous le sentiment d'immixtion du juge dans le contrat, principalement ce qu'il est convenu d'appeler le « forçage » du contrat<sup>66</sup> ou encore le pouvoir de révision du juge en cas d'imprévision, concerne bien le contenu du contrat, autrement dit sa vie. C'est ce qui ressort très nettement des Principes du droit européen du contrat<sup>67</sup> (PDEC), qui présentent la particularité d'avoir adopté un plan chronologique, calqué sur le déroulement du processus contractuel, dans un souci de lisibilité et de simplification du droit. En effet, la question des obligations implicites et la problématique du changement de circonstances sont réglementées dans le chapitre 6 consacré au contenu et effets du contrat<sup>68</sup>. Le traitement de l'inexécution fait l'objet pour sa part de chapitres spécifiques (v. chap. 8 et 9), donc distincts<sup>69</sup>. De sorte que l'on pourrait voir confirmée ici l'idée d'une distinction nette entre le

---

<sup>66</sup> La paternité de l'expression revient à Louis JOSSERAND. Il visait par là l'amplification du contenu obligatoire du contrat par le juge qui insère de « vive force » des obligations dans le contrat. V. L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », in *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Dossier, Droit & Patrimoine, n° 58, mars 1998, p. 69 ; J. MESTRE, A. LAUDE, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 9 et s.

<sup>67</sup> *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003. Dans la suite des développements, nous utiliserons, pour désigner ces Principes, l'acronyme PDEC.

<sup>68</sup> V. respectivement les art. 6.102 PDEC (obligations implicites) et 6.111 PDEC (changement de circonstances).

<sup>69</sup> Notons que bien qu'ils aient adopté une autre approche, centrée non pas sur la figure du contrat mais sur celle de l'acte juridique, les auteurs du **Projet de cadre commun de référence (PCCR)** (v. références plus loin) ont eux aussi traité séparément la question du contenu et des effets du contrat (v. chap. 9 du Livre II) et celle de son inexécution (v. chap. 3 du Livre III). Cependant, le changement des circonstances est traité en dehors des chapitres susmentionnés, dans un chapitre intitulé « Généralités » se référant aux obligations et aux droits correspondants (v. chap. 1 du Livre III : art. III.-1.110 PCCR). Quant à la **proposition de règlement instituant un droit commun européen optionnel de la vente (DCEV)** (v. références plus loin), si la question du contenu du contrat est bien dissociée de celle de l'inexécution, force est de constater que l'exécution et l'inexécution du contrat sont davantage imbriquées : l'appréciation du contenu du contrat est l'objet de la partie III, tandis que les obligations et les moyens d'action des parties au contrat sont l'objet de la partie IV. Par ailleurs, le changement de circonstances est envisagé au début de cette quatrième partie (v. l'art. 89), dans un chapitre 9 intitulé « Dispositions générales », juste après la définition de l'inexécution du contrat (v. l'art. 87). Ce qui

pouvoir de sanction du juge en matière d'inexécution et le pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat. Le premier ressortirait des règles spéciales gouvernant l'inexécution et les moyens apportés, tandis que le second transparaîtrait à l'aune des règles gouvernant le contenu ou les effets du contrat. Ce qui permettrait de justifier au passage une apparente « schizophrénie »<sup>70</sup> de la doctrine française lorsqu'il est question des pouvoirs du juge dans le contrat : en effet, certains auteurs n'ont pas manqué de relever un certain paradoxe à dénoncer l'interventionnisme croissant du juge dans le contrat tout en déplorant son effacement au stade du prononcé de la sanction contractuelle.

**11.** Si elle peut s'appuyer sur une certaine logique, la distinction entre le pouvoir de sanction de l'inexécution et le pouvoir d'immixtion dans le contrat se voit relativisée à plusieurs égards.

**12.** Au niveau interne d'abord, la dissociation, qui postule une certaine autonomie de la sanction par rapport au contrat<sup>71</sup>, s'oppose en un sens à la structure du Code civil qui envisage indistinctement les phases d'exécution et d'inexécution du contrat sous l'intitulé « De l'effet des obligations » (v. chap. III du titre III du Livre III C. civ.). Il est intéressant de noter à ce titre que deux des avant-projets de réforme du droit français des contrats (les avant-projets Catala<sup>72</sup> et Terré<sup>73</sup>) perpétuent la tradition du Code civil en traitant la matière de l'inexécution du contrat dans un chapitre relatif à l'« effet des conventions » ou aux « effets du contrat », tout en lui consacrant une section ou un paragraphe spécifique<sup>74</sup>. Seul l'avant-projet de la Chancellerie consacre un chapitre autonome à l'inexécution du contrat, conséquence de l'adoption d'un plan chronologique à l'instar des codifications européennes

---

conduit à brouiller quelque peu les frontières entre le pouvoir de sanction et le pouvoir d'immixtion, du moins en termes d'appartenance à des catégories de règles distinctes.

<sup>70</sup> V. l'analyse de M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. Paris II, préf. D. MAZEAUD, Paris, Economica, 2013, n° 8.

<sup>71</sup> Rappr. U. HUBER, « Schadensersatz statt der Leistung », AcP (210) 2010, p. 331, qui insiste sur le fait que c'est la loi et non le contrat qui est à l'origine des sanctions de l'inexécution (« Was die Parteien tun sollen, sagt der Vertrag ; was geschieht, wenn sie es nicht tun, sagt das Gesetz » : c'est le contrat qui dit ce que doivent faire les parties mais c'est la loi qui dit ce qui se passe lorsqu'elles ne le font pas).

<sup>72</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* (P. CATALA), Paris, La documentation française, 2006.

<sup>73</sup> F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>74</sup> V. chap. III, section 5 de l'avant-projet CATALA ; chap. 3, section 1, § 3 de l'avant-projet TERRÉ.

savantes<sup>75</sup>, ce qui n'est pas toujours perçu comme un progrès<sup>76</sup>. Aujourd'hui, l'article 1134 C. civ., qui ouvre le chapitre III relatif à l'effet des obligations, domine toute la matière. La conception restrictive des pouvoirs du juge prônée par la doctrine majoritaire française s'appuie principalement sur des arguments tirés du respect du contrat et de la volonté des parties, l'un et l'autre portés à leur paroxysme. On enseigne communément qu'en affirmant que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ. pose un principe essentiel de souveraineté de la volonté commune des parties<sup>77</sup>. C'est ainsi que la grande majorité des auteurs traite du rôle du juge dans un chapitre consacré à la force obligatoire du contrat<sup>78</sup>. La justification qui est donnée classiquement est la suivante : au stade de l'exécution du contrat, « l'office du juge est de définir les obligations légales ou conventionnelles qui pèsent sur les parties, de les contraindre à les respecter, de les asservir à leur parole, et non de les délier. Pas plus que l'intérêt du débiteur ou du créancier, l'intérêt social ne doit conduire le juge à modifier les obligations. L'intérêt social est suffisamment protégé par les règles qui président à la formation du contrat. Si le contrat méconnaît ces règles, il est nul ; s'y conforme-t-il, on ne voit pas comment sa stricte exécution pourrait être contraire à l'ordre social »<sup>79</sup>. D'où l'idée que le juge est le gardien de la licéité du contrat au stade de sa formation et le « serviteur du contrat »<sup>80</sup> au stade de son exécution, le dernier terme pouvant être

<sup>75</sup> V. F. ANCEL, « Propos introductifs », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 7 et s. (il est question de la version de mai 2009).

<sup>76</sup> V. Ph. MALAURIE, « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP 2008, I, 204, p. 20, qui se demande s'il est raisonnable de distinguer l'exécution et l'inexécution, étant donné, selon lui, qu'aucune ne peut se comprendre sans l'autre.

<sup>77</sup> V. par ex. J. MESTRE, A. LAUDE, « L'interprétation "active" du contrat par le juge », art. préc., p. 9. Pour une démonstration plus ample, v. R. OUELHAZI, *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, th. Strasbourg III, 1997, spéc. la première partie, p. 7-137.

<sup>78</sup> C'est le cas de nombreux **manuels** : v. notamment Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1906, n° 312 à 315, p. 178 et s. ; M. LABORDE - LACOSTE, *Précis élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, Recueil Sirey, 1949, p. 50-54 ; H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1<sup>er</sup> vol., *Obligations, théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1998, p. 855 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 438 et s. C'est une approche qui ressort également de diverses **études** : v. par ex. Y. PICOD, J.-Cl. Civ., Art. 1134 et 1135, Fasc. 11, n° 27-35 ; G. PAISANT, « Introduction », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 42.

<sup>79</sup> H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS, op. cit., n° 731 ; rappr. J. M. MOUSSERON, *Technique contractuelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Francis Lefebvre, 1999, n° 1738 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 440, p. 491. Ce raisonnement explique qu'on ait longtemps privilégié l'étude de la phase de formation du contrat au détriment de sa phase d'exécution.

<sup>80</sup> On retrouve le même discours en droit allemand des obligations : v. F. WIEACKER, « Richterrecht und privates Rechtsverhältnis. Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht » (1938), in Ch. WOLLSCHLÄGER (dir.), *Zivilistische Schriften* (1934-1942), F.a.M., Vittorio Klostermann, 2000, p. 272 : « Aber auch hier [schuldvertragliche Beziehung] bindet das Gesetz, das an seine Stelle den Parteiwillen in den Grenzen der erlaubten Vereinbarung einsetzt, dessen Befolgung es erheischt. So wird der Richter aus einem Diener des Gesetzes *Diener des vertraglichen Wortes* ; (...) » (nous soulignons). Dans la même lignée, on n'a pas hésité à qualifier le contrat d'« impératif despotique » pour le juge : v. G. MORIN, *La loi et le contrat, La Décadence de leur Souveraineté*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927, p. 163.

entendu largement. En ce qui concerne la (seule) phase d'inexécution, il a été parfaitement démontré que l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ. jouait là aussi un rôle majeur<sup>81</sup>. En effet, le principe de la force obligatoire du contrat fonde ni plus ni moins la hiérarchie des sanctions de l'inexécution en droit français : il justifierait la primauté accordée à l'exécution forcée en nature et le caractère subsidiaire de la résolution du contrat<sup>82</sup>. Pour certains, la force obligatoire permettrait même d'expliquer le principe et le quantum des dommages-intérêts, sans qu'il y ait lieu de recourir au concept de responsabilité contractuelle<sup>83</sup>. Ce qui vient conforter l'idée que l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ. constitue le pilier du droit français des contrats<sup>84</sup>.

Plus fondamentalement, la distinction effectuée entre le pouvoir d'immixtion et le pouvoir de sanction laisse sous-entendre que ce dernier serait neutre. Or, indépendamment même de la problématique des notions à contenu variable, il est bien connu qu'un certain nombre de sanctions attachées à l'inexécution du contrat opèrent *de facto* une modification du contenu de celui-ci. Ainsi en va-t-il par exemple de la résolution partielle du contrat ou encore de la réfaction judiciaire du contrat. Et que dire des délais de grâce pouvant être alloués au débiteur par le juge dans une instance en résolution du contrat (v. l'art. 1184 al. 3 C. civ.), si ce n'est qu'ils équivalent à une détermination judiciaire des modalités de l'obligation<sup>85</sup> ? A ces exemples classiques, on peut ajouter un exemple plus moderne, lié à la généralisation du droit du créancier à l'« exécution corrective » (v. par ex. l'art. 9.102 (1) PDEC<sup>86</sup>). Selon un courant doctrinal, conférer un tel droit au créancier en cas de vente portant sur un corps certain revient à ignorer purement et simplement la volonté des parties, et à inviter les tribunaux à échanger l'objet de la prestation<sup>87</sup>. La difficulté de tracer des frontières nettes entre la *sanction* et l'*immixtion* explique que l'on envisage bien souvent les

<sup>81</sup> V. la première partie de la thèse d'Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. Paris I, préf. H. MUIR WATT, Paris, LGDJ, 2004.

<sup>82</sup> *Ibid.*, n° 14.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Comme le formulait BIGOT-PRÉAMENEU, « C'est ici que se présente d'abord le principe qui sert de base à cette partie du Code civil, et qui s'y trouve exprimé en des termes clairs et simples dans les articles 1134 et 1135 » : v. *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil*, Paris, Firmin Didot Frères, 1838, p. 429.

<sup>85</sup> V. sur ce point Ch. ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3<sup>e</sup> éd., Aix-en-Provence, PUAM, 2006, n° 163, qui observe qu'il est probablement rare que le contrat sorte indemne de l'intervention judiciaire.

<sup>86</sup> « Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse ».

<sup>87</sup> Comme on le verra plus loin, il s'agit là d'un sujet brûlant en droit allemand depuis la réforme du droit des obligations de 2002. V. notamment H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 252 : « Dennoch wird die Frage, ob "beim Stückkauf" die Nacherfüllung durch Lieferung einer anderen Sache als der vereinbarten erfolgen könne, kontrovers diskutiert. (...) Die Nacherfüllung kann dann nicht in der Lieferung einer anderen Sache bestehen. Alles andere hieße, den Willen der Parteien ignorieren und die Gerichte dazu aufzufordern, "sehenden Auges" den Leistungsgegenstand auszutauschen ».

pouvoirs du juge en matière contractuelle sous le terme plus neutre d'*intervention* du juge dans le contrat. La démarche est commune à un certain nombre d'études de droit interne<sup>88</sup> et de droit comparé<sup>89</sup> qui analysent indistinctement et successivement les diverses facettes du pouvoir judiciaire. Le mot intervention renvoie effectivement à ces multiples réalités<sup>90</sup>. Dans un sens premier, le verbe « intervenir » est défini notamment comme le fait d'interposer son autorité dans un différend, une dispute ou encore d'entrer en action, de jouer un rôle influent. On peut y rattacher le pouvoir de sanction du juge en cas d'inexécution du contrat. Dans un sens plus étroit, plus juridique, le terme « intervention » est plutôt synonyme d'ingérence<sup>91</sup>. Cette idée se retrouve dans le terme « interventionnisme » qui renvoie à une doctrine préconisant l'intervention soit de l'Etat dans les affaires privées, soit d'une nation dans un conflit entre d'autres pays. Appliquées à la matière du contrat, ces dernières définitions évoquent plutôt l'immixtion du juge dans le contrat au sens où il en contrôlerait le contenu, voire deviendrait lui-même partie à celui-ci en y fixant les termes.

**13.** Dans une perspective comparative ensuite, on constate que la compréhension que l'on peut avoir de la matière de l'inexécution du contrat peut être plus large que la nôtre, celle-ci pouvant englober des éléments que nous aurions tendance à répertorier dans le registre du contenu du contrat et de son exécution, ce qui vient brouiller les frontières entre ce qui relève de la sanction et ce qui relève de l'immixtion. En droit allemand, la matière de l'inexécution du contrat est envisagée par la doctrine sous la notion de « Leistungsstörungen »<sup>92</sup>, qui est au cœur du droit des obligations. Ce concept spécifique, qu'on peut traduire par « troubles dans

---

<sup>88</sup> V. par ex. la thèse de E. DE GAUDIN DE LAGRANGE, *L'intervention du juge dans le contrat* (th. Montpellier), Paris, Recueil Sirey, 1935, et dans une moindre mesure la thèse de G. ROUSSEL, *Le contrat. De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution* (th. Paris), Paris, LGDJ, 1936 (l'auteur envisage bien les pouvoirs du juge résultant de l'article 1184 C. civ. relatif à la résolution du contrat (p. 60 et s.) mais se concentre toutefois sur les modifications pouvant être apportées à son contenu par le juge et le législateur).

<sup>89</sup> Les colloques internationaux consacrés à « L'intervention du juge dans le contrat » ont tous retenu une conception large du sujet, ce qui ressort à la fois des programmes respectifs et de l'analyse effectuée par les divers intervenants. C'est le cas du colloque organisé par l'Association québécoise de droit comparé et le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec le 6 avril 2005 à l'Université McGill (v. notamment P.-G. JOBIN, « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », Les Cahiers de droit, vol. 47, n° 1, 2006, p. 3 et s., en ligne sur <http://id.erudit.org/iderudit/043878ar>) et du colloque organisé conjointement par les Universités de Heidelberg, Bâle et Nancy du 29 septembre au 1<sup>er</sup> octobre 2011 à Augst (Suisse) : P. JUNG (dir.), *Droit privé européen : l'unité dans la diversité, L'intervention du juge dans le contrat*, München, Sellier european law publishers, 2013.

<sup>90</sup> Sur le caractère polysémique du mot et l'absence d'une définition unitaire, v. aussi U. WIDMER, *Der richterliche Eingriff in den Vertrag*, Diss. Zürich, Aku-Fotodruck, 1971, p. 41 et s.

<sup>91</sup> V. *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2001, v° Intervention. Ainsi, en droit international public par ex., le terme désigne un acte d'ingérence d'un Etat dans les affaires d'un autre pour le contraindre à agir selon sa volonté.

l'exécution des obligations »<sup>93</sup>, englobe toutes les hypothèses « d'irrégularité » dans le dénouement ou le déroulement du rapport d'obligation<sup>94</sup>. Il désigne ainsi les cas qui tombent sous le concept français d'inexécution du contrat (inexécution due ou non à une impossibilité d'exécution, mauvaise exécution ou retard dans l'exécution) et plus largement encore les cas de *culpa in contrahendo* et de « disparition du fondement contractuel » (*Störung der Geschäftsgrundlage*<sup>95</sup>)<sup>96</sup>. Ceci explique que le thème de l'imprévision soit généralement étudié simultanément avec les remèdes apportés en cas d'inexécution du contrat au titre des « troubles dans le rapport d'obligation » (*Störungen im Schuldverhältnis*)<sup>97</sup>.

Ainsi, on s'aperçoit que malgré son apparente simplicité, la notion d'inexécution se retrouve sous des concepts différents, qui peuvent amener à avoir une vision plus ou moins élargie du sujet. Il faut donc en préciser le sens.

## II. La notion d'inexécution contractuelle

14. A vrai dire, même en droit français, la notion d'inexécution contractuelle suscite certaines difficultés<sup>98</sup>. « Envers de l'exécution, elle se définit de la meilleure

<sup>92</sup> Sur ce concept, v. H. STOLL, *Die Lehre von den Leistungsstörungen, Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht*, Tübingen, Mohr, 1936.

<sup>93</sup> V. notamment F. RANIERI, « La notion allemande de troubles dans l'exécution », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat, op. cit.*, p. 45 et s. On notera que le dictionnaire juridique franco-allemand DOUCET/FLECK traduit le mot « Leistungsstörungen » par inexécution ou mauvaise exécution.

<sup>94</sup> « Jede Unregelmäßigkeit bei der Abwicklung eines Schuldverhältnisses » : v. V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 2003, p. 2 et s. V. également A. SESSLER, *Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*, Diss. Freiburg (Breisgau), Berlin, Duncker & Humblot, 1994, p. 119 : « Mit dem Ausdruck Leistungsstörungen bezeichnete Scholl Hemmungen und Hindernisse, die bei der Verwirklichung des Zieles des Schuldverhältnisses entstehen ».

<sup>95</sup> Notons que le nouveau § 313 BGB est intitulé « *Störung der Geschäftsgrundlage* », ce qui a été traduit par « *trouble du fondement de l'acte juridique* » (v. G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Traduction commentée, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010). Avant la réforme, la doctrine parlait de « *Wegfall der Geschäftsgrundlage* », donc de « *disparition du fondement de l'acte juridique* » (ou *disparition* du fondement contractuel). Les deux notions peuvent être toutefois prises comme synonymes, dans la mesure où le législateur s'est contenté de codifier la jurisprudence ancienne. Nous utiliserons souvent l'ancienne expression qui est plus familière aux juristes français.

<sup>96</sup> Pour un aperçu sommaire, v. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 21. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, v° Leistungsstörung.

<sup>97</sup> V. parmi d'autres D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, n° 436 et s.

<sup>98</sup> V. D. MAZEAUD, avant-propos de C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, Paris, LGDJ, 2002 : « Passons sur le concept d'inexécution qui brille déjà par les incertitudes qui l'affectent lorsqu'il est pris

façon en négatif comme le “non-accomplissement d’une obligation” imposée par l’accord des parties »<sup>99</sup>. La notion est entendue très largement puisqu’elle recouvre les différentes formes que peut prendre l’inexécution (absence totale d’exécution, exécution tardive, exécution défectueuse) et s’applique indépendamment des circonstances de celle-ci (imputable ou non au débiteur). Cette notion unitaire de l’inexécution a été reprise par les PDEC<sup>100</sup>. L’hésitation tient essentiellement aux obligations traduisant une norme de comportement, telles l’obligation de sécurité ou l’obligation de bonne foi : en effet, contestant la nature *contractuelle* de ces obligations, certains auteurs refusent à appliquer les sanctions de l’inexécution du contrat en cas de manquement à ces obligations, dont ils réservent l’usage aux prestations qu’ils considèrent comme « spécifiquement » contractuelles, c’est-à-dire aux prestations de nature économique<sup>101</sup>. Notre analyse portant sur l’étendue des pouvoirs du juge dans les suites de l’inexécution du contrat, cette controverse n’est pas déterminante pour notre sujet, qui suppose une inexécution contractuelle avérée. Remarquons simplement que le droit allemand<sup>102</sup> et les PDEC<sup>103</sup> ont clairement

isolément ! » (cité d’après Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Paris, LGDJ, 2007, n° 279).

<sup>99</sup> Th. GENICON, *ibid.* (se réfère au *Vocabulaire juridique* de CORNU, v° Inexécution).

<sup>100</sup> *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, note 1 sous l’art. 8.101, p. 323 : « Le terme “inexécution” est employé dans les Principes pour désigner le fait de manquer, d’une façon quelconque, à exécuter une obligation issue du contrat, qu’il s’agisse d’une absence totale d’exécution, d’une exécution tardive ou d’une exécution défectueuse. De plus, il s’applique indifféremment, que l’inexécution bénéficie d’une exonération ou non ». Ainsi entendu, le terme d’inexécution des PDEC recoupe bien la notion française d’inexécution du contrat, sauf à remarquer que dans l’esprit de la Commission LANDO, le terme n’a vocation à s’appliquer que lorsque le créancier peut prétendre à certains remèdes. Comme le soulignent les auteurs dans le commentaire IV sous l’art. 1.301, p. 82, « Même une inexécution non imputable au débiteur en vertu de l’art. 8.108 entre dans la définition de l’inexécution car l’exonération ne prive le créancier que de certains moyens : l’exécution forcée et les dommages et intérêts, mais non des autres moyens offerts dans le chapitre 9, v. l’art. 8.101 (2) » (nous soulignons). Ainsi, les PDEC opèrent une distinction entre l’inexécution (« Non-performance ») et les défaillances qui sont privées de remèdes (« Remedy-less failures ») : v. de façon très explicite O. LANDO, « Non-Performance (Breach) of Contracts », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>e</sup> éd., Kluwer Law International, 2004, p. 506 et s. : « The performance has failed, but there is no non-performance since there is no remedy ».

<sup>101</sup> V. en particulier Ph. STOFFEL-MUNCK, *L’abus dans le contrat. Essai d’une théorie*, th. Aix-Marseille 3, préf. R. BOUT, Paris, LGDJ, 2000. Comme le fait observer Th. GENICON, th. préc., n° 283, si STOFFEL-MUNCK refuse la qualification contractuelle à l’obligation de bonne foi par ex., ce n’est pas au prétexte qu’elle ne prend pas directement source dans la volonté des parties, mais dans celle de la loi. Le critère véritable doit, selon l’auteur, être tiré de la portée de l’obligation, selon qu’elle concerne spécialement les parties ou vaut aussi pour toute personne placée dans une situation analogue : il faut opposer le devoir social à l’obligation spéciale aux contractants. V. dans le même sens : F. ROUVIÈRE, *Le contenu du contrat : essai sur la notion d’inexécution*, th. Aix-Marseille 3, préf. Ch. ATIAS, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n° 211 et s.

<sup>102</sup> V. le § 241 al. 2 BGB : « Le rapport d’obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l’autre partie ». Par suite, la résolution du contrat par ex. est parfaitement envisageable en cas de manquement à une telle « obligation de sécurité » (« Schutzpflicht »), ce qui est expressément réglementé au § 324 BGB : « Lorsque dans un contrat synallagmatique le débiteur viole une obligation selon le § 241, al. 2, le créancier peut résoudre le contrat si le maintien de celui-ci ne peut être exigé de lui » (les deux traductions sont reprises de *Code civil allemand*, Trad. commentée, *op. cit.*). Notons que l’expression « *Leistungsstörung* » (« trouble dans l’exécution des prestations ») a d’ailleurs pu être critiquée



tranché la question en faveur d'une notion large de l'inexécution contractuelle, incluant également l'inexécution des obligations traduisant des règles générales de conduite.

15. La réforme du droit allemand des obligations de 2002<sup>104</sup> est venue rapprocher sans aucun doute le droit allemand du droit français et des PDEC. En effet, alors que le droit français et les PDEC partent tous deux de la notion essentielle d'inexécution du contrat entendue au sens large de défaillance du débiteur pour en déduire diverses conséquences juridiques (exécution forcée, résolution, responsabilité contractuelle, etc.), l'ancien droit allemand avait opté pour un système non unifié<sup>105</sup>. Ses auteurs avaient suivi une démarche casuistique en réglementant l'impossibilité d'exécution, le retard et, pour certains contrats – vente et entreprise –, la garantie pour défauts du bien<sup>106</sup>. L'énumération s'étant très vite révélée parcellaire et lacunaire, la jurisprudence a dû combler les lacunes du système légal, à l'aide de la doctrine. C'est ainsi qu'ont été développés l'institution dite de la violation positive du contrat (*positive Vertragsverletzung*<sup>107</sup>, *pVV*), le régime de la *culpa in contrahendo* et celui de la « disparition du fondement contractuel » (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*). C'est dire combien l'ancien droit allemand des troubles dans l'exécution des obligations était articulé autour des différentes *formes* que peut prendre l'inexécution, contrairement au droit français et européen qui s'articulent autour des *conséquences* (suites) de l'inexécution<sup>108</sup>. Cette approche centrée sur le caractère ou la cause de la

---

précisément parce qu'elle ne visait que les manquements aux prestations et non aux obligations de sécurité : v. P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, n° 267, note 1.

<sup>103</sup> Ainsi que le précise la commission LANDO dans ses commentaires, l'inexécution (du contrat) inclut l'inexécution d'une obligation accessoire telle que l'obligation d'une partie de ne pas révéler les secrets de fabrication du cocontractant (*Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, commentaire I sous l'art. 8.101, p. 321). Plus généralement, l'inexécution englobe aussi le non-respect du devoir de collaboration imposé par l'art. 1.202 (v. commentaire IV sous l'art. 1.301, p. 82). Comme l'a formulé ailleurs O. LANDO, une partie réalise une bonne exécution lorsqu'elle remplit toutes ses obligations aux termes du contrat, c'est-à-dire lorsqu'elle agit conformément aux termes exprès et implicites du contrat (v. « Principles of European Contract Law. A first step towards a European Civil Code ? », RDAI/IBLJ, n° 2, 1997, p. 197 et s.).

<sup>104</sup> *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26.11.2011, BGBl. I, p. 3138 (loi entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002).

<sup>105</sup> F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, n° 322.

<sup>106</sup> C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », D. 2002, p. 3158.

<sup>107</sup> Cette institution recouvrait les cas de mauvaise exécution (« *Schlechterfüllung* ») et réglait en particulier la responsabilité du débiteur pour violation d'une obligation accessoire (« *Nebenpflichtverletzung* »).

<sup>108</sup> Comme l'a relevé O. LANDO, dans l'art. préc., il existe deux façons d'articuler les chapitres relatifs à l'inexécution : soit autour des causes, soit autour des effets de l'inexécution. Dans le premier cas, les chapitres traitent de l'inexécution totale, de l'exécution tardive, de l'exécution défectueuse, etc., ce qu'il appelle l'approche « cause » (« cause approach »). Dans le deuxième cas, les divisions reposent sur les effets de l'inexécution, c'est-à-dire les recours, de sorte qu'un chapitre porte sur le droit de réclamer des dommages-

défaillance est certainement à l'origine d'une vision élargie de la matière de l'inexécution, où le « changement de circonstances » est compté parmi les différents cas possibles des troubles dans l'exécution des prestations.

La réforme de 2002 a apporté non seulement une modification conceptuelle mais également un changement de paradigme. Dans un souci de simplification, les auteurs de la réforme ont recomposé le droit des troubles dans l'exécution des obligations autour du (nouveau) concept unitaire de « violation d'obligation » (*Pflichtverletzung*) née d'un acte juridique. Il s'agit d'un concept purement objectif<sup>109</sup>, qui désigne tout écart par rapport au « contenu obligationnel » du contrat (*Pflichtenprogramm*)<sup>110</sup>. Le mot « *Pflichtverletzung* » est désormais le terme générique qui recouvre les divers troubles dans l'exécution des obligations au sein d'un rapport d'obligation<sup>111</sup>. Notons que la doctrine continue à parler quant à elle du droit des troubles dans l'exécution des obligations (*Leistungsstörungsrecht*)<sup>112</sup>. Ce qui est indéniable en tout cas, c'est que le changement terminologique s'est accompagné d'un changement dans la systématisation des règles allemandes de l'inexécution. En effet, avec l'introduction du concept de « *Pflichtverletzung* » et la réglementation de ses conséquences juridiques, un changement de paradigme a eu lieu : le nouveau droit allemand des troubles dans l'exécution des obligations est désormais davantage

intérêts, qu'un autre traite du droit de résilier le contrat et ainsi de suite, ce qu'il appelle l'approche « recours » (« remedy approach »). L'auteur explique que la deuxième approche a été privilégiée par la commission LANDO afin d'éviter les répétitions que cause inévitablement la première (en effet, une partie lésée peut souvent exercer les mêmes recours sous les mêmes conditions en cas d'inexécution totale, d'exécution tardive, etc.).

<sup>109</sup> Notons que la terminologie à adopter dans le nouveau droit des obligations a fait l'objet d'un débat doctrinal. En effet, certains auteurs ont reproché à la notion de « violation d'obligation » de suggérer l'idée de faute, alors qu'elle est censée être un concept objectif. Cette crainte n'est pas infondée, si l'on en juge à la lumière de la traduction en français de ce terme. Le dictionnaire juridique franco-allemand DOUCET/FLECK traduit en effet le terme « *Pflichtverletzung* » par un manquement, une faute. C'est pourquoi certains avaient suggéré l'adoption du terme d'inexécution (« *Nichterfüllung* »), adopté au début des années quatre-vingt par le professeur HUBER, pour éviter toute confusion. Or, ce terme a été rejeté en raison de l'impression trompeuse qu'il pourrait donner, celle de laisser en dehors de son champ les cas de retard, de mauvaise exécution ou d'exécution partielle. Au final, c'est donc le terme soi-disant plus neutre et plus abstrait de « *Pflichtverletzung* », dont la paternité revient à DIEDERICHSEN (v. BT-Drucksache 14/6040, p. 133), qui a été adopté dans la loi. Il renoue avec le concept de « violation du contrat » (« *Vertragsverletzung* »), couramment employé dans le langage juridique allemand, et s'adapte au système du BGB, qui part non pas de la notion de contrat mais de la figure juridique du rapport d'obligation. Comme l'a indiqué le législateur, entre le concept allemand de « *Pflichtverletzung* » et celui d'inexécution employé par la CVIM, il n'y a qu'une différence verbale mais non substantielle (BT-Drucksache 14/6040, p. 92).

<sup>110</sup> V. BT-Drucksache 14/6040, p. 135 ; S. LORENZ, « Grundwissen – Zivilrecht : Was ist eine *Pflichtverletzung* (§ 280 I BGB) ? », JuS 3/2007, p. 213 (« jede objektive Abweichung des Verhaltens des Schuldners vom geschuldeten *Pflichtenprogramm* »). Traduit littéralement, le mot « *Pflichtenprogramm* » signifie le « programme des obligations ».

<sup>111</sup> V. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, op. cit., v° *Pflichtverletzung* (« (...) Oberbegriff der Leistungsstörungen im Rahmen eines Schuldverhältnisses ») ; S. LORENZ, art. préc. (parle de nouveau concept central du droit des troubles dans l'exécution des obligations : « Zentralbegriff des Leistungsstörungsrechts »).

<sup>112</sup> Rappelons qu'il s'agit là d'une expression purement doctrinale, que le BGB n'a jamais employée.

structuré autour des moyens de recours (*Rechtsbehelfe*) qu'autour des diverses formes d'inexécution<sup>113</sup>. En somme donc, le droit allemand s'est calqué sur les instruments internationaux et européens du droit des contrats. Face à ce constat, on pouvait se demander s'il en a résulté corrélativement une modification dans la présentation et l'étude de la matière de l'inexécution, eu égard spécialement à la problématique de la « disparition du fondement contractuel ».

**16. La problématique de l' « imprévision ».** A ce titre, on constate que beaucoup d'auteurs continuent à traiter de la « disparition du fondement contractuel » au titre du droit des troubles dans l'exécution des obligations<sup>114</sup>, bien que la tendance aille plutôt dans le sens d'un alignement sur les codifications savantes d'un droit européen des contrats<sup>115</sup>, qui adoptent une conception plus restrictive du contentieux de l'inexécution du contrat. Et pourtant, les raisons d'englober le problème de l'imprévision dans le traitement de l'inexécution du contrat ne manquent pas. En effet, les circonstances qui sont de nature à modifier le « fondement contractuel du contrat » (qui tombent sous la définition de l'imprévision) constituent presque

<sup>113</sup> V. en particulier P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2001 (*Das neue Schuldrecht*), Stuttgart, Boorberg, 2001, p. 17 et s.

<sup>114</sup> V. D. MEDICUS, S. LORENZ, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 20. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, n° 266 et 334 ; P. SCHLECHTRIEM, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, n° 267 et s., spéc., n° 272 et 411 (le droit du créancier à l'adaptation du contrat en cas de « disparition du fondement contractuel » est compté parmi les remèdes faisant suite à une « violation d'obligation »). Il est intéressant de noter que l'édition suivante est venue supprimer pendant toute référence à l'adaptation du contrat (et plus généralement à la problématique de la « disparition du fondement contractuel ») dans les développements consacrés aux remèdes à l'inexécution du contrat : v. P. SCHLECHTRIEM, M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, n° 446 et s., spéc. n° 458. Quant au dictionnaire juridique CREIFELDS (v° Pflichtverletzung), s'il a pris acte du changement conceptuel apporté par la réforme de 2002, il continue à évoquer la « disparition du fondement contractuel » au titre de la « violation d'obligation ». Remarquons que certains auteurs n'hésitent pas à utiliser la grille de lecture allemande traditionnelle, même lorsqu'il s'agit d'apprécier la matière de l'inexécution découlant des codifications savantes d'un droit européen des contrats : pour un ex., v. U. MAGNUS, « Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference », *ZEUP* 2007, p. 260 et s., spéc. p. 278.

<sup>115</sup> Ainsi, sous l'intitulé inchangé « droit des troubles dans l'exécution des obligations », un grand nombre d'auteurs se limite aujourd'hui à traiter ce que les PDEC appellent « Remedies for non-performance », sans que l'on s'y réfère explicitement. Il semble que l'évolution opère parfois de façon inconsciente. V. parmi d'autres Th. PFEIFFER, « Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht », *ZGS* 2002, p. 23 et s. ; D. KAISER, « Leistungsstörungen », in *Staudinger BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts*, Berlin, Sellier de Gruyter, 2005, p. 295 et s. Les études réalisées par les civilistes comparatistes s'orientent elles de façon délibérée aux instruments européens ou à l'approche anglo-saxonne : v. en particulier H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.* (le titre choisi est déjà révélateur à lui seul) ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1996, § 36 et 37 (envisagent dans des chapitres distincts la question de l'inexécution du contrat et la problématique de l'imprévision). De même, les ouvrages destinés à un public étranger sont construits selon un plan comparable aux codifications savantes européennes et partant, traitent dans des chapitres distincts du contenu du contrat, de son exécution et de son inexécution : v. B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, qui disent avoir adopté une approche « anglicisée » (la problématique de l'imprévision y fait néanmoins l'objet d'un chapitre spécifique, distinct des trois chapitres sus-mentionnés).

toujours des motifs justifiant une résolution du contrat<sup>116</sup>. Il y a là une simple question de perspective<sup>117</sup> : lorsque le respect d'un délai fixe de livraison pour un certain produit est rendu impossible en raison de la survenance imprévue d'une guerre ou d'une catastrophe naturelle, il existe là une raison pour le créancier de résoudre le contrat. Pour le débiteur en revanche, il s'agit d'un cas d'imprévision qui peut donner lieu, le cas échéant, à d'autres principes de solution : droit à une adaptation du contrat, sous la forme d'une prolongation du délai en contre-partie d'une minoration du prix, avant d'envisager la solution ultime de la résolution du contrat. D'où il apparaît un certain besoin de coordination entre les règles respectives<sup>118</sup>. Par ailleurs, comme cela a pu être remarqué en France, certaines catégories d'inexécution mériteraient d'être affinées<sup>119</sup>. Il en va ainsi de l'exécution plus onéreuse, par rapport à l'inexécution pure et simple, dénomination sous laquelle est envisagé le problème de l'imprévision. On sait qu'aujourd'hui, le droit français ne connaît pas de nuances, et adopte le système du tout ou rien : ou le débiteur est libéré, en cas de force majeure, ou bien il doit exécuter, même si ce faisant, il doit se ruiner (position du droit privé interne, depuis l'arrêt Canal de Craponne du 6 mars 1876). Sur ce point, le droit français s'oppose aux PDEC qui admettent une révision du contrat, conférant de très larges pouvoirs au juge. Cette réflexion en appelle une autre : en droit allemand, l'exécution plus onéreuse renvoie à deux hypothèses distinctes, l'« impossibilité de fait » (*faktische Unmöglichkeit*) du § 275 al. 2 BGB et l'« impossibilité économique » (qui n'est autre que la « disparition du fondement contractuel »). Or, comme on le verra, la délimitation entre les deux hypothèses est fort délicate, ce qui explique que le problème de l'imprévision soit toujours envisagé incidemment lorsqu'il est question des limites apportées au droit à l'exécution forcée en nature. C'est pourquoi la question de l'imprévision sera englobée dans cette étude.

**17. Inexécution : droit commun et droit spécial.** Notons que suite à la réforme de 2002, la notion de « Pflichtverletzung » englobe également les vices

---

<sup>116</sup> C'est un point soulevé par P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », art. préc., p. 27.

<sup>117</sup> V. P. SCHLECHTRIEM, art. préc., d'où nous tirons l'ex. développé ci-après.

<sup>118</sup> *Ibid.* SCHLECHTRIEM voit une certaine antinomie entre le droit du créancier de résoudre unilatéralement le contrat et le droit du débiteur de demander une adaptation du contrat. Aussi considère-t-il qu'il y a lieu de coordonner les règles respectives, un aspect qui a été négligé selon lui par la plupart des codifications (européennes), y compris la nouvelle mouture du BGB.

(cachés) de la chose, autrement dit la livraison d'une marchandise défectueuse. Ceci résulte de la refondation du droit spécial de la vente (et dans une moindre mesure de celui du contrat d'entreprise) autour du droit commun des troubles dans l'exécution des obligations. Rappelons brièvement que dans l'ancien droit allemand de la vente, le vendeur était (simplement) tenu de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue et de lui procurer la possession de la chose (ancien § 434 BGB). Par ailleurs, qu'il cède une chose ou un droit, le vendeur était tenu de transmettre ceux-ci libres de tout droit susceptible d'être invoqué par des tiers (ancien § 434 BGB). Le manquement à l'une de ces obligations ouvrait droit aux moyens juridiques de droit commun (*allgemeines Leistungsstörungenrecht*). En revanche, la garantie des vices de la chose (*Sachmängel*) ne comptait pas parmi les prestations dues par le vendeur. Autrement dit, elle n'était pas due *contractuellement*. Aussi, la livraison d'une marchandise défectueuse n'était pas considérée comme une inexécution contractuelle et les moyens du demandeur étaient régis par les dispositions spécifiques à la garantie (anciens § 459 et s. BGB : *besonderes Leistungsstörungenrecht*). Comme l'a exposé Ernst Rabel dans son fameux ouvrage de droit comparé sur le droit de la vente de marchandises<sup>120</sup>, qui a servi de base à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM), les juristes ont toujours eu des difficultés à saisir la véritable nature de la garantie de la vente. Dans de nombreux systèmes juridiques, on est venu souligner sa spécificité par rapport à l'obligation de délivrance, qui apparaissait alors comme l'exemple type de l'obligation contractuelle. Partant d'une opposition entre la garantie et les autres obligations contractuelles, certains sont allés jusqu'à considérer qu'il ne pouvait y avoir d'inexécution proprement *contractuelle* qu'en cas de manquement à l'obligation de délivrance mais non en cas de vice (caché) de la chose. Aujourd'hui, les choses ont évolué : la livraison d'une chose défectueuse constitue une inexécution contractuelle (*Pflichtverletzung*), ouvrant droit aux sanctions de droit commun (v. le § 437 BGB).

---

<sup>119</sup> D. TALLON, « Le droit français de l'inexécution du contrat confronté aux instruments d'unification », in L. VACCA (dir.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Torino, G. Giappichelli, 1999, p. 380 et s.

<sup>120</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. II, Berlin, Walter De Gruyter & Co., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, p. 101 et 104 : « (...) gilt nachdenklichen Juristen das eigentliche "Wesen der Gewährleistungspflicht" als ein Problem ».

En droit français, la problématique posée par le dualisme des règles du droit commun des contrats et du droit des contrats spéciaux (notamment du droit de la vente) est abordée moins sous l'angle de la notion d'inexécution du contrat que sous l'angle du régime des sanctions. En effet, le manquement à l'obligation de délivrance et l'existence d'un vice caché donnent lieu à des sanctions distinctes : sanctions de l'inexécution du droit commun dans un cas, actions héritées du droit romain de la garantie des vices cachés dans l'autre. C'est donc au regard des sanctions que cette « cohabitation chaotique »<sup>121</sup> est décriée. Comme il a été relevé encore récemment, « il existe aujourd'hui une pluralité de droits des contrats, de même qu'une diversité de droits des sanctions »<sup>122</sup>. Le constat, bien connu, nous mettait devant un choix : le champ de l'étude devait-il se limiter aux sanctions du droit commun des contrats ou intégrer également le régime spécifique des sanctions découlant de la garantie de la vente ?

En droit commun des contrats, trois sanctions caractérisent traditionnellement la phase d'inexécution du contrat : l'exécution forcée en nature, la résolution du contrat et la responsabilité contractuelle<sup>123</sup>. En se limitant à l'étude du droit commun, on serait amené à passer sous silence certaines sanctions qui relèvent principalement du droit de la vente dans les divers systèmes juridiques, comme l'« exécution corrective » ou la réduction du prix, qui supposent toutes deux une mauvaise exécution. Or, il nous a semblé que l'inclusion de ces dernières sanctions était nécessaire si l'on ne voulait pas avoir une vision tronquée du régime français des sanctions de l'inexécution du contrat. On sait en effet à quel point les juristes raisonnent à partir du modèle du contrat de vente en la matière. La Commission Lando ne fait pas exception : bien qu'elle ait élaboré un droit commun du contrat, elle n'en a pas moins raisonné à partir de la vente de marchandises pour façonner et mettre à l'épreuve les règles projetées, s'inspirant largement de la Convention de

---

<sup>121</sup> D. TALLON, « Le droit français de l'inexécution du contrat confronté aux instruments d'unification », art. préc., p. 385.

<sup>122</sup> D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. 236 (envisage, à côté du droit commun des contrats, essentiellement le droit de la consommation, le « petit droit de la concurrence » et le droit de la distribution).

<sup>123</sup> V. G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, IECL, vol. VIII, part 2, chap. 16 (qui étudie successivement les trois remèdes suivants : *Enforced performance*, *Substitutionary relief in money*, *Termination of the Contract*). Ces sanctions, propres à l'inexécution du contrat, s'opposent aux sanctions propres à la formation du contrat : v. Ch. JAMIN, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, p. 3-4.

Vienne<sup>124</sup>. C'est ainsi qu'elle régleme, au profit du créancier, un droit à l' « exécution corrective » (v. l'art. 9.102 (1) PDEC) ainsi qu'un droit de réduire le prix (v. l'art. 9.401 PDEC). De son côté, le récent projet de droit commun européen de la vente (DCEV)<sup>125</sup> atteste lui aussi des liens toujours plus étroits entre le droit de la vente et le droit commun des contrats, de façon inversée : si l'intitulé de la proposition de règlement ne fait qu'annoncer des règles uniformes spécifiques à la vente, à la lecture, on s'aperçoit que le projet contient en réalité de nombreux éléments d'une théorie générale du contrat<sup>126</sup>, si bien qu'on a pu se demander si le projet constituait une menace ou une opportunité pour le modèle contractuel français<sup>127</sup>. En somme donc, on ne saurait négliger l'impact des solutions apportées dans la garantie de la vente sur l'image des sanctions françaises de l'inexécution du contrat, surtout si on souscrit à l'idée que l'intelligibilité de la loi doit s'apprécier non au regard des seuls Français, mais de l'ensemble des habitants de l'Union européenne dont la France n'est qu'une composante<sup>128</sup>. Cette réflexion invite à préciser le sens de notre démarche comparative.

---

<sup>124</sup> O. LANDO, « International Trends : Requirements concerning the quality of movable goods and remedies for defects under the Principles of European Contract Law », in S. GRUNDMANN, D. MEDICUS, W. ROLLAND (dir.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 63 : « When drafting the PECL the Commission on European Contract Law often took the sale of goods as an example in order to test the value of a rule and to illustrate the rule drafted. The Commission (...) found many of the rules of CISG (...) to be suitable as general rules and adopted them ».

<sup>125</sup> *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente*, Bruxelles, COM(2011) 635 final, publiée le 11.10.2011.

<sup>126</sup> V. sur ce point G. PAISANT, « La proposition d'un droit commun de la vente ou l'espéranto contractuel de la Commission européenne », JCP 2012, n° 18, 560, qui relève que sont d'application générale les textes consacrés à la conclusion du contrat, aux vices du consentement, à l'interprétation, à la détermination du prix, à l'inexécution contractuelle, aux causes d'exonération et aux changements de circonstances, ou encore aux questions des dommages-intérêts et des prescriptions. Pour l'auteur, il est indiscutable que ce « droit commun de la vente » a été très largement entendu, ce qui ne doit pas surprendre selon lui, puisque le système nouveau doit faire l'objet d'une interprétation autonome, exempte de tout renvoi au droit national. Or, il faut bien, pour en pallier les inévitables lacunes, des éléments d'une théorie générale qui serve de base de référence. Pour une voix allemande, v. D. LOOSCHELDERS, « Das allgemeine Vertragsrecht des *Common European Sales Law* », AcP 212 (2012), p. 581 et s.

<sup>127</sup> C'est le titre du colloque préc., tenu le 10 mai 2012 à Paris (« Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? »).

<sup>128</sup> P. SARGOS, « Les travaux de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTACKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 417. V. dans le même sens M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 299.

### III. Le droit comparé : fonction, méthode et enjeux européens

**18. Fonction.** Schématiquement, la définition de la fonction du droit comparé oppose deux courants doctrinaux<sup>129</sup>.

**19.** Pour les uns, la fonction du droit comparé est de rapprocher, d'harmoniser, voire d'unifier les droits<sup>130</sup>. Derrière ce discours, dont l'apparition coïncide avec celle du droit comparé à l'époque moderne, s'exprime un idéal conçu pour le monde ou l'une de ses régions<sup>131</sup>. Le Congrès international de droit comparé, qui se déroula à Paris en 1900, est considéré aujourd'hui dans une large mesure comme l'acte de naissance du droit comparé moderne en tant que discipline autonome de la science juridique<sup>132</sup>. Deux juristes français, Edouard Lambert et Raymond Saleilles, y donnèrent le ton en défendant une nouvelle conception du droit comparé en tant que science, au service du rapprochement des civilisations et du développement du droit international par l'élaboration d'un « droit commun de l'humanité »<sup>133</sup>. Notons que le but ainsi assigné au droit comparé était étroitement lié à la question de savoir s'il existe une (véritable) science du droit comparé<sup>134</sup>. Or, selon certains, la question du but du droit comparé serait en soi une fausse question : il y aurait erreur à penser que la légitimité du droit comparé serait dépendante d'une quelconque utilité fonctionnelle<sup>135</sup>. Quoi qu'il en soit, hier, le droit comparé devait assurer la paix

---

<sup>129</sup> Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 5, p. 12. Pour un aperçu plus détaillé des diverses fonctions du droit comparé, v. la typologie proposée par G. DANNEMANN, « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, op. cit., p. 401 et s. L'auteur distingue les cinq fonctions suivantes : « Unifying Law », « Solving Particular Problems », « Applying Foreign Law », « Facilitating Choice between Legal Systems », « Understanding Law ».

<sup>130</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc. (avec d'autres références). Pour un ex. récent, v. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'europanisation du droit privé », RTD civ. 2007, p. 451 : « Plus que jamais, le droit comparé doit aujourd'hui se pratiquer dans une visée d'harmonisation du droit privé ».

<sup>131</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, n° 12 (avec d'autres références).

<sup>132</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996, § 1 I, p. 2 ; R. ZIMMERMANN, art. préc., p. 451.

<sup>133</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », RIDC 2011, p. 530 (et les références citées).

<sup>134</sup> V. M. ANCEL, « Cent ans de droit comparé en France », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. I, Paris, LGDJ, 1969, p. 9, qui relate : « Le Congrès de 1900 avait donc eu pour mission de dire s'il existait une "science qui fût, non plus la méthode comparative ou la méthode du droit comparé, mais la science du droit comparé, au sens juridique du mot" ».

<sup>135</sup> R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, trad. de l'italien par J. JOUSSEN, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2011, n° 1-3, p. 13 et s.



universelle<sup>136</sup>. Aujourd'hui, l'harmonisation et l'unification sont encouragées, mais pour d'autres raisons<sup>137</sup>. D'un point de vue idéologique d'abord, on pense que le rapprochement progressif des droits, que rend possible le dialogue international, vient renforcer la croyance en l'existence d'un sens commun de la justice<sup>138</sup>. D'un point de vue pratique ensuite, l'harmonisation et l'unification sont supposées entraîner une plus grande sécurité juridique, ainsi qu'une diminution des coûts induits par la diversité des droits<sup>139</sup>.

Bien que nous soyons favorables aux projets d'harmonisation, voire d'unification du droit privé (spécialement de la matière contractuelle), il nous semble qu'une telle conception du droit comparé est criticable au moins sur un point majeur, qui a été relevé par le comparatiste italien Rodolfo Sacco. Ainsi que l'a souligné l'auteur, aucune science n'a le droit de fixer à l'avance le résultat de sa recherche<sup>140</sup>. Par voie de conséquence, la comparaison n'a pas le droit non plus de prédéterminer ce qu'elle va trouver<sup>141</sup>. Aussi souscrivons-nous davantage à l'idée que l'harmonisation et l'unification sont des fonctions (seulement) contingentes du droit comparé<sup>142</sup>.

Au demeurant, il faut reconnaître que l'angle sous lequel nous avons choisi d'aborder la matière de l'inexécution contractuelle – les pouvoirs du juge – favorise davantage la mise en lumière de différences que de points communs. En effet, on touche là à la dimension culturelle du droit des contrats.

Précisons immédiatement qu'il n'est pas question ici de juger de la faisabilité d'un droit européen des contrats. On sait que les opposants à cette entreprise unificatrice font valoir les bienfaits du pluralisme contractuel et insistent sur la spécificité culturelle que reflètent les différents droits contractuels nationaux<sup>143</sup>. A

---

<sup>136</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, *op. cit.*, n° 12.

<sup>137</sup> *Ibid.*

<sup>138</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, § 1 I, p. 3.

<sup>139</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, *op. cit.*, n° 12.

<sup>140</sup> R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, *op. cit.*, n° 9, p. 17 : « Aber keine Wissenschaft darf die Ergebnisse ihrer Forschung schon vorher festlegen ».

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> V. en ce sens Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, *op. cit.*, n° 9 et 12. C'est dire qu'elles ne sont qu'une application éventuelle de la comparaison juridique, qu'elles ne sont pas consubstantielles au droit comparé (*ibid.*, n° 12 et sa th. préc., n° 5, p. 13).

<sup>143</sup> V. notamment Ch. JAMIN, « Un droit européen des contrats ? », in P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998, p. 40 et s. ; G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, chron., p. 351 et s. ; Ph. MALAURIE, « Le Code civil européen des obligations et des contrats – Une question toujours ouverte », JCP 2002, I, 110 ; Y. LEQUETTE, « Vers un

l'inverse, les partisans d'un droit européen des contrats considèrent que la matière est particulièrement propice à une harmonisation, voire une uniformisation au niveau européen. Si l'on met de côté l'argument économique qui consiste à dire qu'« à un marché unique, à une monnaie unique, doit correspondre au moins partiellement un droit unique »<sup>144</sup>, la plupart des arguments avancés au soutien de l'harmonisation visent à souligner au contraire l'existence d'un patrimoine culturel commun en matière contractuelle<sup>145</sup>, au point qu'on ait pu décréter : « contract law (...) is not folklore »<sup>146</sup>.

Or, dans une vue schématique, on pourrait être tenté de dire qu'en matière contractuelle, le juge allemand est l'anti-modèle du juge français<sup>147</sup>. En effet, et pour reprendre l'image d'Yves Lequette, il lui est possible d'intervenir durant la vie du contrat, tandis qu'il est quasiment absent à l'entrée et à la sortie. Comme cela a été relevé à un niveau plus général, à elles deux, la France et l'Allemagne paraissent ainsi résumer et assumer la plus grande partie de la diversité européenne<sup>148</sup>. La perspective d'un droit européen des contrats a mis toutefois ces deux modèles en concurrence. Force est de constater à ce titre que les codifications savantes européennes, comme les PDEC, suivent davantage le modèle allemand<sup>149</sup> : « écartés

Code civil européen ? », rev. Pouvoirs n° 107, 2003, p. 97 et s. Certains comparatistes tiennent le même discours, en louant les mérites d'une approche culturelle, multidisciplinaire, au service de la recherche des oppositions irréductibles entre les droits : v. en particulier P. LEGRAND, *Le droit comparé*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2011 ; le même, « On the Unbearable Localness of the Law, Academic Fallacies and Unseasonable Observations », ERPL 2002, p. 61 et s.

<sup>144</sup> V. D. TALLON, « Les travaux de la Commission Lando », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 121 ; J. BASEDOW, « Un droit commun des contrats pour le marché commun », RIDC 1998, p. 7 et s., spéc. p. 17 et s.

<sup>145</sup> R. ZIMMERMANN, art. préc., p. 186 ; le même, in J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN (dir.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, v° Principles of European Contract Law, p. 1177. V. également son ouvrage *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, 1<sup>re</sup> éd., Cape Town, Juta, 1990.

<sup>146</sup> O. LANDO, « Some Features of the Law of Contract in the Third Millennium », art. préc., p. 359 (l'auteur englobe également le droit commercial dans cette assertion). Comp. la réflexion faite par H. CAPITANT dans sa préf. au Code des obligations de la République de Pologne (Sirey, 1935, p. VII), reproduite par D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? (*Bis sed non repetita...*) », art. préc., p. 398 : « (...) les besoins du commerce juridique que les codes sont appelés à satisfaire sont les mêmes dans des pays arrivés à un même degré de civilisation. Ceci nous confirme dans l'idée qu'une unification du droit des obligations serait possible et réalisable sans trop de difficultés, grâce à des transactions réciproques qui pourraient être aisément consenties. (...) ».

<sup>147</sup> Comp. F. EUDIER, « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in Th. REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005, p. 228 (qui s'interroge principalement sur l'évolution de la figure du juge en droit français des contrats).

<sup>148</sup> V. M. ALBERT, « Le couple franco-allemand vu de la Coupole », séance solennelle du 15 novembre 2010 (à l'Académie des Sciences morales et politiques), consultable sur le site internet de l'Académie. Selon l'auteur, la singularité du couple franco-allemand ne résulte pas de la proximité des intérêts ou des identités mais tout au contraire de leurs différences. Ainsi, l'axe franco-allemand ne serait pas fondé sur des intérêts a priori convergents, mais sur la capacité de synthèse d'intérêts a priori divergents.

<sup>149</sup> Précisons là qu'il y a convergence en ce sens que le juge européen a le pouvoir d'intervenir (de s'immiscer) en cours d'exécution du contrat et que la plupart des sanctions prévues en cas d'inexécution sont

ou déplacés quant au sort d'un contrat mal né ou inexécuté, ils [les pouvoirs du juge] sont considérablement renforcés en cas de déséquilibre profond, et, ce, à tous les stades du processus contractuel »<sup>150</sup>. C'est dire combien la place accordée au juge dans le contrat constitue un élément déterminant de l'identité contractuelle des systèmes juridiques respectifs<sup>151</sup>.

20. Pour les autres, la fonction du droit comparé est de parfaire la connaissance du droit<sup>152</sup>, à l'instar de toute science<sup>153</sup>. On notera que les auteurs qui appartiennent au premier courant reconnaissent également au droit comparé cette fonction, si bien que la connaissance peut être qualifiée de fonction primaire du droit comparé<sup>154</sup>. Dans cette perspective, l'objectif du droit comparé est de découvrir des identités, qu'elles soient aisément perceptibles ou cachées, et de mettre au jour les véritables différences, parfois dissimulées par l'utilisation de définitions ou de concepts communs<sup>155</sup>. Nos développements s'inscrivent dans le droit fil de ce deuxième courant.

Un certain nombre d'auteurs ont déjà fait remarquer que malgré d'étroites relations politiques, il n'existait pas entre la France et l'Allemagne de dialogue

---

extrajudiciaires. Cela ne signifie aucunement que le régime des sanctions (remèdes) retenu par les PDEC soit inspiré du droit allemand des obligations. Ce serait d'ailleurs faire preuve d'anachronisme. En effet, lorsque la première partie des PDEC relative à l'exécution et l'inexécution est parue en 1995, le droit allemand des obligations n'était pas encore réformé et comportait beaucoup de défauts et de lacunes. Comme l'a exprimé R. ZIMMERMANN (v. « Konturen eines Europäischen Vertragsrechts », JZ 1995, p. 480), il n'est donc pas étonnant que la Commission LANDO ne se soit pas inspirée du droit allemand en la matière. C'est plutôt le législateur allemand de 2002 qui s'est calqué sur les PDEC ou la CVIM lors de la réforme du droit allemand des obligations, en particulier pour ce qui a trait au système des troubles dans l'exécution des obligations.

<sup>150</sup> D. MAZEAUD, « La commission Lando : le point de vue d'un juriste français », art. préc., p. 143.

<sup>151</sup> D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », D. 2007, p. 2959 et s. (pour qui l'empathie européenne pour le juge constitue un élément déterminant de l'identité contractuelle européenne). Notons que les sujets substantiels retenus au colloque préc. du 10 mai 2012 à Paris (« Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français » : v. RDC 2012, p. 1393 et s.) sont révélateurs à ce titre. En effet, les trois sujets brûlants, au cœur de la discussion, touchaient tous de près ou de loin les pouvoirs du juge sur le contrat : « Avantages ou inconvénients des principes directeurs ? », « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? ».

<sup>152</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 5, p. 14.

<sup>153</sup> R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 8 et s. ; le même, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., n° 13-20, p. 19 et s.

<sup>154</sup> V. de façon très explicite K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 2 I, p. 14 : « Die primäre Funktion der Rechtsvergleichung ist – wie die aller wissenschaftlichen Methoden – Erkenntnis ». Dans le même sens : Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, op. cit., n° 8 (« fonction essentielle »).

<sup>155</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, op. cit., n° 8. Adde G. DANNEMANN, « Comparative Law : Study of Similarities or Differences ? », art. préc.

juridique privilégié<sup>156</sup>. On peut même constater une certaine indifférence réciproque et une tendance à regarder plus loin que de l'autre côté du Rhin<sup>157</sup>. Ces faits expliquent que l'on nourrisse un certain nombre de préjugés, de stéréotypes, de part et d'autre. Aussi l'objet de notre étude est-il de renverser certaines idées-reçues et de mettre en lumière certains malentendus.

Il fût un temps où l'intérêt réciproque était plus grand. En particulier au moment de l'élaboration du Code civil de 1804. De ce code, on a pu dire que « s'il est une entreprise codificatrice placée sous le signe de la comparaison des systèmes de droit, c'est bien celle de la codification de 1804 »<sup>158</sup>. A cette date, « le corpus de droit comparé concernant la famille romano-germanique est au plus haut point législatif »<sup>159</sup>. Comme le relate un auteur, chacun sait qu'avant de faire discuter le Projet de l'an VIII au Conseil d'Etat, le gouvernement le fit imprimer et l'adressa, aux fins d'observations, au Tribunal de cassation et aux autres tribunaux<sup>160</sup>. Il est moins connu que ce même gouvernement fit traduire et imprimer le Code prussien. Rien d'étonnant à ce que le ministre de la Justice « fait lecture de différents (sic) articles du code prussien » lorsqu'est présenté à la discussion du Conseil d'Etat le titre « Des absens (sic) »<sup>161</sup>. Il y a bien là la marque d'un intérêt réel pour le droit allemand et d'une connaissance de celui-ci. Inversement, on trouve de nombreuses références au droit civil français dans l'exposé des motifs du BGB. Ce qui s'explique aisément par le fait que le Code civil français était encore en vigueur dans certaines parties du territoire allemand. Ainsi, parmi les onze membres de la première commission de rédaction nommée en 1874, qui était composée de représentants des principaux droits en

---

<sup>156</sup> G. LARDEUX, « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle », RRJ 2006-2, p. 3 (reproduit également dans la revue allemande ZEuP 2007, p. 448 et s.). V. également O. BEAUD, E. VOLKMAR HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, Baden-Baden, Nomos, 1999 ; K. NEUMAYER, « Deutsche und französische Zivilrechtswissenschaft. Besinnliches zu einem Nachbarschafts- und Partnerschaftsverhältnis unter Verwandten », in *Ius privatum gentium. Festschrift für M. RHEINSTEIN zum 70. Geburtstag*, Bd. I, Tübingen, Mohr, 1969, p. 165 et s., spéc. p. 182 (« Beziehungsarmut »).

<sup>157</sup> De part et d'autre, l'intérêt porté au droit anglo-américain, à la littérature anglo-américaine, est bien plus grand, ce qui s'est fait au détriment des doctrines de « droit civil » (droit continental). V. sur ce point, et dans une perspective allemande : F. RANIERI, « Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute : eine unwiderrüfliche Entfremdung ? », in *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel, op. cit.*, p. 186 (ou sa trad. française : « Le droit civil français et la culture juridique française dans la doctrine allemande aujourd'hui : un éloignement définitif ? », Droits 2000, p. 157 et s.).

<sup>158</sup> J.-L. SOURIOUX, « Notule sur le droit comparé dans les travaux préparatoires du Code civil des Français », reproduit dans *Par le droit, au-delà du droit, Ecrits du professeur J.-L. SOURIOUX*, Paris, LexisNexis Litec, 2011, p. 307.

<sup>159</sup> J.-L. SOURIOUX, *ibid.*

<sup>160</sup> J.-L. SOURIOUX, *ibid.*, p. 308.

<sup>161</sup> *Ibid.*

vigueur en Allemagne, on comptait également des représentants, donc des spécialistes, du droit français.

Pour certains, l'entrée en vigueur du BGB en 1900 marque un tournant dans le dialogue entre juristes français et allemands. D'un point de vue allemand, il est certain que l'introduction du BGB « a mis fin non seulement à la doctrine consacrée au Code civil mais aussi à celles portant sur les autres droits particuliers »<sup>162</sup>. Mais la véritable rupture est surtout attribuée à l'histoire politique : « L'histoire a pris une autre direction non en raison des conditions scientifiques mais en raison des conditions politiques : après la Première guerre mondiale les contacts entre juristes français et juristes allemands ont été pauvres »<sup>163</sup>. Cette analyse s'est vue toutefois remise en cause par Filippo Ranieri qui estime que l'éloignement des juristes français et allemands a eu lieu bien avant les deux guerres mondiales et bien avant 1900<sup>164</sup>. L'auteur fait remonter la « rupture » au début du XIX<sup>e</sup> siècle, au moment où les romanistes allemands (les juristes appartenant à l'école historique allemande et les Pandectistes) ont développé une science du droit privé abstraite, dogmatique, laissant place à un nouveau style juridique et à une nouvelle culture de l'argumentation, se démarquant de la manière dont on abordait le droit (romain) commun jusqu'alors. Pour Ranieri, la pauvreté du dialogue entre droits français et allemand est donc due principalement à cette différence profonde d'esprit juridique, de manière de penser et de faire le droit<sup>165</sup>. Comme l'a formulé de son côté Michel Fromont, « (...) le droit français a une démarche qui est plus empirique, moins abstraite, que le droit allemand

---

<sup>162</sup> H. J. SONNENBERGER, « La circulation du modèle juridique français : Allemagne », in *TAHC*, t. XLIV, Paris, Litec, 1994, p. 342 (dont le passage reproduit est repris de F. RANIERI, art. préc., p. 187).

<sup>163</sup> H. J. SONNENBERGER, *ibid.* (cité d'après F. RANIERI, *ibid.*). Notons que la perspective d'un droit européen des obligations a fait renaître des ressentiments qu'on aurait pu croire disparus : v. Y. LEQUETTE, « De la France et de l'Europe : la Nation ou l'Empire ? », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 411 et s. V., de façon plus explicite encore, les propos rapportés par D. MAZEAUD, « Le titre III du Livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? », *RDC* 2011, p. 229.

<sup>164</sup> V. son très riche article « Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute : eine unwiderrufliche Entfremdung ? », art. préc., p. 187 et s.

<sup>165</sup> Et non pas tant à la substance des droits ou à la barrière de la langue. C'est le résumé aussi de G. LARDEUX, « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle », art. préc., p. 4. RANIERI fait observer à ce titre que le succès en Allemagne du *Manuel de droit civil français (Handbuch des französischen Zivilrechts)* de ZACHARIAE, publié en 1808, s'explique en grande partie par le fait que l'auteur « y appliqua à l'étude du Code civil la méthode pandectiste d'analyse méthodique et systématique, s'affranchissant dès lors de la structure tripartite du Code et se concentrant sur la recherche des principes fondamentaux gouvernant chaque institution » (G. LARDEUX, *ibid.*, p. 2). La dernière édition de ce manuel (1894), travaillée par CROME, constituerait, selon l'auteur, en même temps le *summum* et la fin de l'intérêt des civilistes allemands pour le droit français. Comme ne manque pas de le relever RANIERI, le manuel de droit civil français rédigé par FERID 70 ans après l'entrée en vigueur du BGB (*Das französische Zivilrecht*, 1971) renoue avec la tradition engagée par ZACHARIAE 150 ans plus tôt. En effet, il s'oriente lui aussi en grande partie à la structure et au système du BGB.

»<sup>166</sup>. Lui aussi voit dans l'histoire un facteur déterminant : « Le code civil français est issu dans une large mesure de la jurisprudence du Parlement de Paris telle qu'elle a été exposée et systématisée dans les travaux scientifiques des juristes français des XVII<sup>e</sup> – et XVIII<sup>e</sup> siècles. Au contraire, le Code civil allemand est très largement dominé par la doctrine juridique allemande du XIX<sup>e</sup> siècle »<sup>167</sup>. Ces différences profondément enracinées ont d'ailleurs conduit Konrad Zweigert et Hein Kötz à classer les droits français et allemand dans des familles de droit distinctes<sup>168</sup>.

Face à ce tableau assez pessimiste du dialogue juridique franco-allemand, on aimerait contribuer, après toutes ces commémorations du 50<sup>e</sup> anniversaire du Traité de l'Elysée<sup>169</sup>, à une meilleure connaissance du (nouveau) droit allemand des obligations<sup>170</sup>. D'autant plus que depuis sa modernisation en 2002, il n'a fait l'objet que de rares études<sup>171</sup>. La traduction récente du BGB en langue française<sup>172</sup> apporte à ce titre un utile et précieux instrument de travail pour l'étude de la pensée juridique allemande<sup>173</sup>. Notons que le vent de réforme qui touche le droit des contrats, à la fois à l'échelle nationale et à l'échelle européenne, est venu favorisé de son côté l'intérêt pour les droits étrangers et l'échange entre les juristes européens<sup>174</sup>. Au niveau européen, le couple franco-allemand a tout son rôle à jouer : le projet d'un droit

---

<sup>166</sup> M. FROMONT, « La protection juridictionnelle des libertés garanties par la constitution française », in *Recht und Gesetz im deutsch-französischen Dialog. Loi et droit dans le dialogue franco-allemand*, Köln (et a.), Carl Heymanns Verlag KG, 1997, p. 76 (le passage est cité également par F. RANIERI dans son art. préc., p. 184).

<sup>167</sup> *Ibid.*

<sup>168</sup> V. K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 5 III, p. 68. Comme il a été parfaitement résumé (v. G. LARDEUX, art. préc., p. 1), pour justifier leur choix, les auteurs mettent en avant la différence d'évolution du droit dans les deux pays, arguant de ce que l'Allemagne n'a pas « reçu » le Code civil tandis que l'École des Pandectes n'a pas influencé la pensée juridique française.

<sup>169</sup> Rappelons que le Traité de l'Elysée a été signé le 22 janvier 1963 par le Général DE GAULLE et le Chancelier ADENAUER.

<sup>170</sup> V. déjà V. LASSERRE-KIESOW, D. LUZEAUX, « Le droit civil allemand dans la science juridique française. Plaidoyer pour une meilleure connaissance », in O. BEAUD, E. VOLKMAR HEYEN (dir.), *Une science juridique franco-allemande ? Bilan critique et perspectives d'un dialogue culturel*, op. cit., p. 163 et s.

<sup>171</sup> Nous ne citons ici que les principales : M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2004 ; C. WITZ, F. RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations*, Paris, Société de législation comparée, 2004 ; C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », art. préc., p. 3156 et s. ; M. FROMONT, « Les effets de l'inexécution du contrat en Allemagne depuis la réforme du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Paris, Litec Dalloz, 2011, p. 91 et s.

<sup>172</sup> G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Traduction commentée, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010. Nous nous reporterons à cette traduction dans la suite de nos développements.

<sup>173</sup> C'étaient à peu de chose près les mots employés par R. SALEILLES, dans son *Introduction à l'étude du droit civil allemand, A propos de la traduction française de Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, Paris, F. Pichon, 1904, p. 2. Rappelons qu'une traduction française du BGB avait été publiée déjà en 1904. Notons par ailleurs que la plupart des codes et une partie de la jurisprudence allemande sont traduits en langue anglaise et consultables sur <http://iuscomp.org/gla>.

<sup>174</sup> A ce titre, on peut citer l'ouvrage de R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Paris, LGDJ, 2012. V. aussi F. TERRÉ, « Il faut que le droit français redevienne un modèle », *Gaz. Pal.* 22-23 septembre 2010, Entretien, p. 9 (qui atteste d'un intérêt pour le droit allemand notamment).

européen des contrats est d'autant mieux soutenu qu'il est porté par le couple franco-allemand, moteur de la construction européenne<sup>175</sup>.

**21.** Tout en favorisant la connaissance de systèmes étrangers, la comparaison permet une meilleure connaissance de son propre droit national. C'est l'idée que la comparaison constitue un instrument de connaissance *critique* du droit<sup>176</sup>.

Les trois avant-projets de réforme du droit français des contrats sont nés précisément de cette idée de confrontation entre le droit français interne et le droit européen des contrats en phase d'élaboration<sup>177</sup>. Ils démontrent si besoin était que la confrontation est toujours source de richesse<sup>178</sup>. En effet, elle ne sert nullement à un alignement pur et simple du droit national sur les modèles étrangers étudiés<sup>179</sup>. Elle conduit tout au plus à certains emprunts jugés profitables pour le droit national<sup>180</sup>. Concernant le rôle du juge justement, certains projets dénotent clairement la volonté de préserver son rôle traditionnel, ce qui n'empêche pas quelques innovations inspirées des modèles européens. Ainsi, si le juge voit maintenu son pouvoir de sanction de l'inexécution, le créancier ne s'en trouve pas moins investi du pouvoir de prononcer unilatéralement la sanction dans certains cas. Ce faisant, il a été mis fin à l'autorité absolue et presque dogmatique que la doctrine française traditionnelle avait attribué à la règle « nul ne peut se faire justice à soi-même ». Preuve ici que le dogmatisme n'est pas toujours là où on l'attend, c'est-à-dire du côté allemand.

Comme en témoignent les avant-projets de réforme français du droit des contrats, les divers projets savants d'un droit européen des contrats (ou de la vente) constituent un outil privilégié de connaissance critique du droit. Ils invitent mieux que d'autres corps de règles à situer et à repenser les catégories et les mécanismes

<sup>175</sup> Le projet d'un cadre commun de référence (PCCR), dirigé par le professeur allemand Christian VON BAR, a pu exaspérer les Français, parce qu'il partait d'une autre vision et accordait peu d'intérêt au couple franco-allemand.

<sup>176</sup> R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, op. cit., p. 38. V. également M. RHEINSTEIN, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, München, Beck, 1987, 2. A., p. 25.

<sup>177</sup> V. P. CATALA, « Présentation générale », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006, p. 11 : « Le déclic [pour la modernisation du code] provint d'un colloque organisé par la faculté de Sceaux qui mettait en parallèle le droit français avec les "principes du droit européen du droit des contrats" issus des travaux de M. Lando ».

<sup>178</sup> V. récemment encore B. STIRN, « De l'intérêt de faire vivre le droit comparé », JCP 2012, n° 39, 1025, p. 1750.

<sup>179</sup> Notons que pour nombre d'acteurs de la codification de 1804, la fonction majeure du droit comparé n'était pas celle du modèle mais d'un procédé argumentatif relevant de l'art discursif : v. J.-L. SOURIOUX, *ibid.*, p. 309.

<sup>180</sup> Sur la capacité du droit comparé à améliorer le droit national, v. l'art. 1<sup>er</sup> des statuts de la Société de législation comparée : « L'association dite SLC, fondée en 1869, a pour but l'étude et la comparaison des lois et du droit des différents pays ainsi que la recherche et les moyens pratiques d'améliorer les diverses branches de la législation ».

nationaux. En effet, ils sont eux-mêmes le résultat d'une vaste étude de droit comparé. Reflétant le « fonds commun des systèmes européens », ils transcendent les droits positifs existants dans les Etats de l'Union européenne dans leur subtilité respective, ce qui leur procure toute leur originalité. En même temps, ces codifications savantes se veulent l'expression d'un droit *moderne* des contrats<sup>181</sup> et sont, de ce fait, un modèle de droit prospectif<sup>182</sup>. Plus que jamais, les solutions du droit national sont analysées à la lumière de ces codifications savantes<sup>183</sup>. Ces dernières seront donc mises également à profit dans notre étude comparative, pour mieux éclairer les solutions adoptées par les droits français et allemand. Au vu de la multiplication des codifications savantes européennes ces dernières années<sup>184</sup>, il n'était pas possible de toutes les envisager en détail. Pour ne pas perdre en profondeur, nous avons décidé de prendre appui principalement sur l'un des « projets-phares », les Principes du droit européen du contrat, qui sont les premiers en date, du moins parmi les projets visant une harmonisation du droit *commun* des contrats<sup>185</sup>. Rétrospectivement, il semble qu'il s'agisse du projet le moins controversé et dont l'autorité scientifique n'est plus à démontrer<sup>186</sup>. Ce choix n'empêchera toutefois pas que l'on porte un regard ponctuel sur d'autres projets savants au soutien de notre

---

<sup>181</sup> Comp. l'introduction aux *Principes du droit européen du contrat*, version française, *op. cit.*, p. 23 (« formulation moderne de la *lex mercatoria* »).

<sup>182</sup> V. sur ce point P. DEUMIER, « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », D. 2008, p. 496, qui montre que les codifications savantes, comme les Principes d'UNIDROIT et les PDEC, jouent un rôle d'autorité doctrinale même auprès des magistrats. Dans certains rapports, ils figurent au titre de « perspectives de réforme » ou de « perspectives d'évolution », aux côtés du « rapport Catala ». Notons qu'une telle utilisation de ces Principes par les juges nationaux avait été envisagée par leurs auteurs : v. l'introduction aux *Principes du droit européen du contrat*, *ibid.*, p. 23 (« un modèle pour le développement législatif et jurisprudentiel du droit du contrat »).

<sup>183</sup> De façon générale, il s'avère en effet que l'internationalisation du droit vient renforcer l'usage de la méthode comparative dans l'étude du droit, son élaboration, son application. Sur ce lien fort qui s'est noué entre le droit comparé et l'internationalisation du droit, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Deux siècles d'évolution du droit comparé », art. préc., p. 533 et s. Pour ce qui est de l'espace européen, le projet inscrit à l'art. 179 (1) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) de créer un espace européen de recherche devrait renforcer cette tendance : v. sur ce point A. VON BOGDANDY, « La science juridique dans l'espace juridique européen, une réflexion à partir de l'exemple allemand », D. 2011, p. 2816 et s., spéc., p. 2820.

<sup>184</sup> Au point qu'on ait pu parler d'excès : v. S. VOGENAUER, « Common Frame of Reference and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts : Coexistence, Competition, or Overskill of Soft Law ? », ERCL 2010, p. 143 et s.

<sup>185</sup> Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, dont le domaine d'application est plus limité, ont été publiés à l'origine en 1994. Les PDEC (dans la version anglaise) ont été publiés quant à eux en trois parties respectivement en 1995, 2000 et 2003.

<sup>186</sup> Il a servi au demeurant de point de départ à de nombreux projets subséquents. Comp. R. ZIMMERMANN, art. préc., p. 451 et s. : « Ils [les PDEC] constituent aujourd'hui le projet le plus consciencieusement préparé, le plus avancé et le plus fortement remarqué d'un point de vue international, d'harmonisation d'une branche centrale du droit privé européen ». V. dans le même sens R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, *op. cit.*, p. 6.



analyse, en particulier sur le PCCR<sup>187</sup>, les Principes contractuels communs<sup>188</sup> ou enfin le projet d'un droit commun européen de la vente (DCEV)<sup>189</sup>.

**22.** Le potentiel « subversif » du droit comparé, l'attention donnée à cette perception critique de sa propre réalité juridique informée par un regard sur l'autre, a pu être considérée comme « l'une des avancées les plus importantes de la pensée comparative contemporaine »<sup>190</sup>. Dans sa fonction subversive, le droit comparé conduit à démanteler l'illusion d'une légalité univoque et autosuffisante, d'une réponse unique et indiscutable pour chaque problème juridique qui se pose<sup>191</sup>. D'où l'on peut se demander si la comparaison, mise au service de la connaissance du droit, est un exercice neutre.

Une réponse affirmative se dégage du manuel d'introduction au droit comparé de Rodolfo Sacco, où la comparaison des droits est qualifiée d'activité purement cognitive<sup>192</sup>. A l'opposé, partant de l'idée que la comparaison des droits est une activité interprétative, certains auteurs soutiennent que la comparaison est une activité subjective car elle supposerait comme l'interprétation, une évaluation et des choix<sup>193</sup>. C'est une réflexion intéressante en ce qu'elle établit un parallèle avec l'activité à laquelle est confronté le juge essentiellement. On verra combien l'acte d'interprétation est lui-même l'objet de grands débats : s'agit-il d'un acte de connaissance, et par-là d'un acte objectif, ou d'un acte de volonté, et par-là d'un acte subjectif ? Les hésitations s'accroissent d'ailleurs en même temps que se multiplient les notions-cadre et standards, qui favorisent la méthode dite de pondération des intérêts, qui se présente comme une démarche résolument comparative. C'est dire les hésitations que l'on peut avoir également à propos du caractère subjectif ou non de la comparaison des droits. Il reste que si le droit comparé produit bien différentes

---

<sup>187</sup> Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1-6, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009.

<sup>188</sup> *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, 2008.

<sup>189</sup> *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente*, Bruxelles, le 11.10.2011, COM(2011), 635 final.

<sup>190</sup> V. l'analyse profonde et détaillée de H. MUIR WATT, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, p. 503 et s. L'adjectif « subversif » dénote une tendance à renverser des concepts ou des idées établies.

<sup>191</sup> V. en ce sens H. MUIR WATT, art. préc., p. 509.

<sup>192</sup> R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., n° 17, p. 22 : « Die Rechtsvergleichung ist reine Erkenntnis » (« la comparaison des droits est pure connaissance »).

<sup>193</sup> V. en ce sens M.-C. PONTHEUREAU, « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », RIDC 2005, p. 13.

lectures du droit<sup>194</sup>, à la différence du juge, le chercheur n'a pas à trancher, et ne produit pas des normes juridiques<sup>195</sup>. Notons que par delà les parallèles pouvant être effectués entre la comparaison des droits et l'activité interprétative, l'absence de neutralité de la comparaison ainsi soulignée renvoie spécifiquement au problème de la méthode du droit comparé.

**23. Méthode.** En effet, il existe plusieurs méthodes de comparaison<sup>196</sup>, dont l'utilisation dépend en partie du but recherché par l'auteur, selon, par exemple, qu'il est engagé dans la rédaction de textes uniformes ou qu'il entreprend un travail strictement doctrinal<sup>197</sup>. Il suffira de rappeler celles qui permettront de nous positionner.

Une première méthode, dite fonctionnelle, part de l'idée d'un besoin social. Ainsi, les lois, ou plus généralement les institutions juridiques, sont considérées dans leur fonction de résoudre un problème donné. La démarche consiste à comparer des éléments qui remplissent la même fonction afin de montrer qu'au-delà de la différence des procédés techniques utilisés, les solutions retenues sont en définitive équivalentes d'un droit à l'autre<sup>198</sup>. Dans cette logique, peu importe que l'inexécution du contrat soit sanctionnée par des sanctions judiciaires ou extrajudiciaires car elles remplissent toutes la même fonction. D'origine allemande<sup>199</sup>, cette méthode a été largement dominante dans le courant du XX<sup>e</sup> siècle<sup>200</sup>. Fort logiquement, cette méthode est très appréciée de ceux qui rangent l'harmonisation et l'unification des droits au nombre des fonctions du droit comparé, car, évidemment, plus l'attention

<sup>194</sup> M.-C. PONTTHOREAU, art. préc., p. 10.

<sup>195</sup> C'est un point soulevé également par M.-C. PONTTHOREAU, *ibid.*, p. 10. Notons ici que certains comparatistes préconisent toutefois une appréciation finale : selon ces derniers, après avoir étudié diverses solutions possibles, il faut prendre position et estimer celle qui serait meilleure (v. par ex. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 3 VII., p. 46, qui relèvent en même temps qu'une telle appréciation ne sera pas toujours possible).

<sup>196</sup> V. notamment B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé. Bilan et perspective », RIDC 2005, p. 29 et s., qui propose une typologie des diverses méthodes du droit comparé.

<sup>197</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, op. cit., n° 13. V. dans le même sens : B. JALUZOT, art. préc., p. 45 : « (...) les méthodes exposées ne sont nullement antagonistes car elles poursuivent des objectifs distincts » ; « (...) l'on ne peut perdre de vue le fait qu'une méthode est intimement liée à la fin ou à l'objectif poursuivi ».

<sup>198</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, op. cit., n° 14.

<sup>199</sup> Le principal auteur de cette méthode est l'Allemand Ernst RABEL. Son discours sur le rôle et la nécessité du droit comparé en 1924 (« Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung », in H. G. LESER (dir.), *Ernst Rabel, Gesammelte Aufsätze*, vol. III, 1967) a été qualifié de texte fondateur du droit comparé moderne ; il est cité très souvent comme exemple de l'approche fonctionnelle de RABEL. V. sur ces détails : I. SCHWENZER, « Development of Comparative Law in Germany, Switzerland, and Austria », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2008, p. 78.

<sup>200</sup> Cette méthode a été développée et défendue dans le fameux Traité de droit comparé de Konrad ZWEIGERT et Hein KÖTZ : v. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 3.

est portée sur les résultats, plus il y a de chances que l'harmonisation ou l'unification paraissent faciles et possibles<sup>201</sup>. Rien d'étonnant donc à ce que cette méthode ait été utilisée par la Commission Lando pour élaborer les PDEC<sup>202</sup>.

Or, notre objectif n'est pas tant d'évaluer la solution concrète apportée en cas d'inexécution du contrat que la part de liberté revenant au juge dans les suites de l'inexécution. Ici, la nature (judiciaire ou non) de la sanction n'est pas neutre. Pour emprunter une image au comparatiste allemand Hein Kötz, la méthode fonctionnelle peut être comparée à une « boîte noire » où le problème à résoudre est introduit à une extrémité et où la solution rejaillit de l'autre<sup>203</sup>. Peu d'attention est accordée à ce qui se passe à l'intérieur de cette « boîte noire », cela ayant très peu d'intérêt pour le principe de fonctionnalité<sup>204</sup>. Or, c'est précisément cet aspect qui nous intéresse ici. En effet, quel est le rôle dévolu au juge en matière d'inexécution ? Quelle est la marge d'appréciation que lui confère le législateur en la matière ? Dans quelle mesure le juge s'oriente-t-il d'après la volonté des parties ? Autant de questions qui influent sur l'étendue des pouvoirs du juge, et qui relèvent de l'intérieur de cette « boîte noire ».

Notons qu'il est une méthode qui, tout en empruntant certains traits à la méthode fonctionnelle, accorde davantage d'attention au raisonnement juridique conduisant à la solution, donc au processus en œuvre dans la « boîte noire ». Cette méthode, dite « factuelle », aujourd'hui très appréciée<sup>205</sup>, mérite d'être mentionnée car elle a servi à une étude comparative récente portant sur les remèdes apportés en cas d'inexécution du contrat<sup>206</sup>. Elaborée par le professeur Rudolf B. Schlesinger à partir de l'exemple de la formation du contrat<sup>207</sup>, elle consiste à envoyer, à des

<sup>201</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé, op. cit.*, n° 14.

<sup>202</sup> V. O. LANDO, « Culture and Contract Laws », ERCL 2007, p. 17 et 18 : « When preparing the PECL, the members of the Commission on European Contract Law tried to visualize how concrete cases would be solved in their country. They found that the outcome would often be the same » ; « The contract laws often differ more in the formulations and techniques than in the results ». C'est sur la base d'une telle approche fonctionnelle qu'a été ensuite choisie la meilleure solution à retenir.

<sup>203</sup> H. KÖTZ, « Abschied von der Rechtskreislehre ? », ZEuP 1998, p. 505.

<sup>204</sup> *Ibid.*

<sup>205</sup> Plusieurs comparatistes en font l'éloge : v. par ex. R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit.*, n° 13-14, p. 67 et s. ; B. MARKESINIS, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », RIDC 2001, p. 810 et s. Adde R. DRAGO, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, v° Droit comparé, p. 455.

<sup>206</sup> Les résultats de cette étude, intitulée « Remedies in Contract Law », n'ont pas été publiés à ce jour. Il existe toutefois un site internet consacré à ce projet d'étude, dirigé par P. GILIKER, B. GSELL et Th. RÜFNER, accessible à partir du site internet du *Common Core of European Private Law Project*, dont il sera fait mention plus loin, et qui constitue le cadre général de cette étude.

<sup>207</sup> V. R. G. SCHLESINGER (dir.), *Formation of contracts. A study of the common core of legal systems*, New York, Oceana, 1968, 2 vol. Sur ce projet, v. R. SACCO, *Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit.*, n° 13 et s., p. 67 et s.

rapporteurs nationaux de tous les Etats membres de l'Union européenne, des questionnaires rédigés sous la forme de « cases », tirés de la pratique, afin de dégager des solutions communes. L'objectif est de découvrir certaines analogies profondes masquées par des différences formelles, de trouver « le fonds commun du droit privé européen »<sup>208</sup>. Si la méthode utilisée rejoint la première en ce qu'elle part d'un cas pratique donné<sup>209</sup> et porte un intérêt particulier au résultat concret, elle n'en revêt pas moins une certaine particularité qui s'explique par l'objectif purement descriptif poursuivi par ses promoteurs. En effet, la méthode doit servir à « découvrir ce qui est déjà commun et ce qui ne l'est pas dans le droit privé européen »<sup>210</sup>, à « obtenir les grandes lignes d'une carte géographique du droit privé européen »<sup>211</sup>. C'est dire qu'elle ne conduit pas à faire totalement abstraction des différences pouvant exister entre les systèmes juridiques européens. En particulier, elle invite les rapporteurs à étayer la voie qui permet d'arriver à la solution donnée, notamment à signaler les divergences d'opinion significatives qui pourraient exister au sein de l'ordre juridique national et à exposer les traits caractéristiques institutionnels, procéduraux ou culturels qui peuvent être pertinents pour bien comprendre l'approche adoptée<sup>212</sup>. Si la démarche aboutit ainsi à une analyse plus fine et plus complète des systèmes européens, il reste que l'approche factuelle vise précisément à interroger les participants sur les résultats obtenus dans certains cas particuliers, plutôt que sur un système doctrinaire<sup>213</sup>.

---

<sup>208</sup> V. U. MATTEI, M. BUSSANI, « Le fonds commun du droit privé européen », RIDC 2000, p. 29 et s. La recherche d'un « Common Core of European Private Law » fait l'objet d'un vaste projet de recherche (à Trente), couvrant l'ensemble du droit des obligations et du droit des biens. Il dispose de son propre site consultable sur : <http://www.common-core.org/>. Parmi les études déjà publiées, et qui intéressent notre sujet, on peut citer par ex. R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER (dir.), *Good Faith in European Private Law*, Cambridge University Press, 2000 ; J. GORDLEY (dir.), *The Enforceability of Promises in European Private Law*, Cambridge University Press, 2001 ; E. HONDIUS, H. Ch. GRIGOLEIT, (dir.), *Unexpected Circumstances in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2011.

<sup>209</sup> A la différence près qu'au lieu de porter la réflexion sur des questions abstraites, les rapporteurs travaillent sur des situations factuelles extrêmement précises : sur ce point, v. B. JALUZOT, art. préc., p. 41.

<sup>210</sup> U. MATTEI, M. BUSSANI, « Le fonds commun du droit privé européen », art. préc., p. 30.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>212</sup> Pour plus de détails, v. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'europanisation du droit privé », art. préc., p. 451 et s. (qui expose très explicitement et très concrètement la démarche adoptée dans le cadre du projet de recherche portant sur le principe de la bonne foi). Ainsi, le projet *Common core* rejoint la démarche analytique adoptée par les *casebooks* ou *sourcebooks* européens, destinés en priorité aux étudiants, qui visent eux aussi à identifier les caractéristiques communes du droit privé européen, en partant de situations réelles ayant fait l'objet de décisions par des juges et législateurs nationaux et supranationaux. La reproduction des diverses sources permet « de comprendre non seulement une démarche juridique, mais aussi les intérêts et jugements de valeur qui la sous-tendent et ont conduit à choisir une solution plutôt qu'une autre » (v. B. FAUVARQUE-COSSON, W. VAN GERVEN, « La convergence des droits en Europe », PA 19 avril 2007, p. 63 et s.). Pour un ex. de *sourcebook*, v. *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Hart Publishing, 2010. Sur les parallèles existant entre le projet *Common core* et les *casebooks*, v. U. MATTEI, M. BUSSANI, art. préc., p. 32 et s.

En un sens donc, le comparatiste est invité à se libérer des catégories juridiques, des concepts de son système d'origine, à l'instar de la méthode fonctionnelle<sup>214</sup>. Or on sait à quel point l'image du juge est véhiculée par la doctrine, par la dogmatique juridique. C'est dire que lorsqu'on traite des pouvoirs du juge, il n'est pas possible de se départir d'une certaine approche conceptuelle. C'est à ce niveau que les diverses cultures juridiques, les traditions et les mentalités respectives se font le plus ressentir.

**24.** Comparer l'étendue des pouvoirs du juge en matière d'inexécution du contrat présuppose que l'on dispose d'un instrument (ou étalon) de mesure uniforme. Or, comme nous l'avons relevé plus haut, les civilistes français et allemands n'utilisent pas les mêmes concepts pour appréhender les pouvoirs du juge dans ses diverses incursions contractuelles. Ces derniers façonnent dans une large mesure l'image qu'on a de la place du juge dans le contrat. Une mise au point conceptuelle s'impose donc dès le départ. La notion transversale de pouvoir discrétionnaire du juge, entendue comme le pouvoir donné au juge de choisir entre deux ou plusieurs décisions également conformes à la légalité, constitue un bon indicateur de l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge, en ce qu'elle représente la forme la plus libre du pouvoir. N'étant pas usitée en droit civil français, et son application concrète étant controversée, il convient de la définir dans un premier temps (Première partie).

Une fois définie la notion de pouvoir discrétionnaire du juge, il est alors possible de déterminer précisément la part de liberté qui revient au juge dans les suites de l'inexécution (Deuxième partie).

**Première partie : La notion de pouvoir discrétionnaire du juge**

**Seconde partie : Les pouvoirs du juge dans les suites de l'inexécution**

---

<sup>213</sup> U. MATTEI, M. BUSSANI, « Le fonds commun du droit privé européen », art. préc., p. 35.

<sup>214</sup> C'est très explicite chez B. MARKESINIS, « Unité ou divergence : à la recherche des ressemblances dans le droit européen contemporain », art. préc., p. 810 et s.

## PREMIÈRE PARTIE - LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE

---

25. Une des tendances majeures du droit privé est d'accroître les pouvoirs du juge<sup>1</sup>. Cette tendance est commune aux droits français et allemand, et trouve son prolongement ainsi que de nouvelles manifestations dans les instruments européens d'harmonisation du droit des contrats, tels que les Principes du droit européen du contrat (PDEC) ou le Projet de cadre commun de référence (PCCR). Des divergences profondes subsistent néanmoins quant à l'acceptation de ce phénomène et quant au point de savoir quels pouvoirs concrets l'on doit attribuer au juge et dans quelles limites.

26. A l'échelle internationale, l'accroissement des pouvoirs du juge est le plus souvent appréhendé sous le terme anglais de « Judicial discretion » ou « Discretionary power of the Judge ». La notion constitue bien souvent le point de départ de discussions et d'analyses comparatives sur les pouvoirs du juge en droit civil, le droit des contrats y compris. Elle est adoptée également par les membres des commissions en charge d'élaborer un droit européen des contrats. Cette notion à forte coloration doctrinale sert de critère de mesure de l'ampleur des pouvoirs du juge dans les systèmes juridiques respectifs.

A première vue, le terme anglais semble bien constituer un dénominateur commun aux divers systèmes juridiques. Par sa généralité, il couvre un champ assez large de prérogatives attribuées au juge, et paraît donc particulièrement propice à la comparaison. Par ailleurs, sa traduction ne pose aucune difficulté sérieuse : il est

---

<sup>1</sup> G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journées de la société de législation comparée*, 1979, p. 448 (cité d'après D. MAZEAUD, « Le juge et le contrat. Variations optimistes sur un couple "illégitime" », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 237).

traduit par « pouvoir discrétionnaire » en français et par « richterliches Ermessen » en allemand.

Précisons d'emblée que le concept anglais nous intéresse ici uniquement dans son rôle d'« instrument » de dialogue entre juristes européens. Il ne sera donc pas lui-même au centre de l'analyse<sup>2</sup>.

**27.** Ce qui retient davantage l'attention du comparatiste, et qui mérite donc un plus ample examen, ce sont les interprétations divergentes auxquelles donne lieu le terme anglais « Discretion ». A plus ample analyse, il apparaît que l'expression n'a pas la même signification pour le juriste français et pour le juriste allemand.

C'est ce qui pourrait venir expliquer certaines incompréhensions de part et d'autre. En France, le modèle contractuel allemand est généralement suspecté de conférer au juge des pouvoirs exorbitants d'intervention dans le contrat, en raison de ses « clauses générales »<sup>3</sup>. En Allemagne à l'inverse, le modèle contractuel français est présenté comme celui où la figure du juge est la plus importante<sup>4</sup>. Ces perceptions respectives sont à elles seules dignes d'intérêt. Mais il y a davantage : ces perceptions « extérieures » ne concordent pas toujours avec la conception qu'ont les juristes nationaux de leur propre modèle contractuel.

Le concept du pouvoir discrétionnaire du juge, tel qu'il prévaut en droits français et allemand, pourrait être la clé à la compréhension.

**28.** Face à ce constat, une mise au point terminologique s'avère donc comme un préalable nécessaire à l'étude concrète des pouvoirs du juge dans les suites de l'inexécution. Tel est l'objet de cette première partie qui entend contribuer à cerner le plus précisément possible la notion de pouvoir discrétionnaire du juge.

---

<sup>2</sup> En Angleterre, à l'origine, le pouvoir discrétionnaire semble être étroitement associé à l'*equity* : sur ces liens, v. les obs. de M. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1921, p. 30 et s.

<sup>3</sup> Pour un ex., v. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », in S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, spéc. p. 34 et s. (qui n'utilise toutefois pas le concept de « pouvoir discrétionnaire »).

<sup>4</sup> V. par ex. Th. PFEIFFER, *Diskussionsbericht*, in O. REMIEN (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 59, qui évoque le rôle du juge pour démontrer les grandes différences culturelles en Europe : « (...) Am einen Ende der Skala stehe Frankreich mit einem starken Verständnis des Richters (...). Am anderen Ende der Skala finde sich das Richterverständnis des englischen common law » (à l'une extrémité de l'échelle, il y a la France qui accorde un grand rôle au juge et à l'autre extrémité, on trouve l'acception du rôle du juge telle qu'elle prévaut dans la *common law* anglaise).

Force est de constater que l'approche du pouvoir discrétionnaire est fondamentalement différente en droits français et allemand.

**29.** En témoignent tout d'abord les critères de définition retenus (chapitre préliminaire). Le choix du critère de définition de la notion de pouvoir discrétionnaire semble être acquis dans les systèmes juridiques respectifs et bénéficier d'un large consensus doctrinal.

Rien de tel à propos de la qualification des pouvoirs du juge lorsqu'il est amené à appliquer des notions-cadre ou standards. Sur cette question, les opinions divergent fortement, même à l'intérieur d'un système juridique donné.

Or la technique des notions-cadre et des standards est présentée, à juste titre, comme un trait marquant de la législation civile contemporaine et, à plus forte raison encore, des instruments européens d'harmonisation du droit des contrats. La matière de l'inexécution ne fait pas exception. Ces notions souples confèrent indéniablement des pouvoirs accrus au juge, mais de quelle nature ?

**30.** Les réponses qu'apportent les droits français et allemand sont fort disparates : on verra que face au flottement terminologique qui a cours en droit français (titre I), la doctrine allemande prône une distinction stricte entre le pouvoir discrétionnaire et la notion juridique indéterminée, distinction que l'on a pu résumer sous le terme de « dualisme » (titre II).

C'est dire que les malentendus commencent à l'échelle des concepts. Replacée dans le contexte européen et dans le mouvement de réforme du droit français des contrats, la question de la nature des pouvoirs du juge en présence de notions-cadre ou standards revêt une acuité particulière. Son actualité et les grandes interrogations qui l'entourent expliquent la place centrale qu'elle occupe dans cette première partie.



## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - LE CHOIX D'UN CRITÈRE DE DÉFINITION

**31.** En droit interne, la notion de pouvoir discrétionnaire évoque plutôt le droit administratif où elle fait référence à la plus ou moins grande liberté qui est reconnue à l'Administration d'apprécier l'opportunité de la mesure à prendre<sup>5</sup>. Ici, « discrétionnaire » s'oppose à « lié », en ce sens que la compétence de l'Administration est « liée » si la réunion des conditions légales l'oblige à prendre acte ; à l'inverse, elle est « discrétionnaire » si cette réunion l'autorise seulement à agir<sup>6</sup>.

Cette définition rejoint l'étymologie du terme « discrétionnaire ». En effet, le mot provient du verbe latin « *Discerno, is, crevi, cretum, cernere* » qui signifie « discerner, distinguer ». De la même manière, le substantif « *Discretio* », qui donna en français « discrétion », désigne la qualité par laquelle on discerne. S'en remettre à la discrétion de quelqu'un, c'est s'en remettre à sa sagesse, à sa compétence, à son jugement, à sa volonté.

**32.** Il n'empêche que la notion de pouvoir discrétionnaire n'est pas totalement étrangère au droit civil : elle trouve son terrain de prédilection en matière de procédure civile mais elle apparaît aussi dans le domaine du droit substantiel.

La recherche d'une définition de la notion de pouvoir discrétionnaire paraît d'autant plus nécessaire qu'elle n'a pas fait l'objet d'une définition légale. C'est un constat qui vaut à la fois pour le droit français et le droit allemand<sup>7</sup>. Contrairement au BGB où le vocable « Ermessen » fait quelques rares apparitions (v. par ex. le § 315

---

<sup>5</sup> Il en va de même en droit allemand, v. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 27 et s.

<sup>6</sup> *Lexique des termes juridiques*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001, v° Pouvoir discrétionnaire, lié.

<sup>7</sup> Le constat peut être étendu à quasiment tous les systèmes juridiques : v. B. HESS, « Judicial Discretion », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 45 et s. Cela vaut également pour le droit communautaire : v. A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 28 (« absence d'une définition communautaire de cette notion »).

al. 1 BGB<sup>8</sup>), le Code civil ne mentionne nulle part le « pouvoir discrétionnaire », que ce soit à propos du juge ou des parties. Nul ne doutera cependant de l'existence du pouvoir discrétionnaire (spécialement du juge) en droit positif français.

Toutefois, la question de savoir ce qu'il faut entendre par pouvoir discrétionnaire reste encore très controversée aujourd'hui<sup>9</sup>. Les réponses varient très sensiblement selon les systèmes juridiques respectifs. Même à l'intérieur d'un système juridique donné, les opinions sont parfois diamétralement opposées.

Sur l'échelle des réponses apportées, on trouve à une extrémité l'opinion selon laquelle le pouvoir discrétionnaire est inséparable de la décision judiciaire<sup>10</sup>. Cette opinion repose sur une conception extrêmement large du pouvoir discrétionnaire. Suivant cette analyse qui se veut réaliste, il y a pouvoir discrétionnaire à partir du moment où le juge ne peut pas se contenter d'effectuer une simple subsumption<sup>11</sup> ; autrement dit, où l'acte de juger ne prend plus une forme syllogistique, où le juge doit effectuer un choix, peser le pour et le contre. Dans la mesure où la norme juridique abstraite ne saurait envisager toutes les spécificités des cas concrets d'application, le fait pour le juge d'apprécier si les faits de l'espèce tombent dans son champ d'application pourrait déjà être qualifié de pouvoir discrétionnaire.

A l'opposé et à l'autre extrémité de l'échelle, le pouvoir discrétionnaire est qualifié de « corps étranger au droit civil », ce qui explique parfois la négation même d'un tel pouvoir, et dans une moindre mesure les tentatives de circonscrire au maximum la notion<sup>12</sup>.

La définition du pouvoir discrétionnaire semble donc intimement liée à l'idée qu'on se fait des rapports qu'entretiennent le juge et la loi. Or cette idée est elle-

---

<sup>8</sup> En l'occurrence, il s'agit du pouvoir discrétionnaire attribué à l'une des parties au contrat pour déterminer le contenu de l'obligation. Une étude a relevé que le BGB comportait en tout quinze dispositions prévoyant un pouvoir discrétionnaire en matière civile et que dans la majorité des cas, celui-ci n'était pas conféré au juge, mais aux parties contractantes ou intéressées et aux tiers : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, op. cit., p. 24, 293 et s.

<sup>9</sup> La notion compte en effet parmi les plus difficiles de la théorie du droit : v. parmi d'autres K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 111 : « (...) der Begriff des Ermessens zählt zu den vieldeutigsten und schwierigsten Begriffen der Rechtslehre ».

<sup>10</sup> En ce sens F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 27 ; S. SHETREET, « The Discretionary Power of the Judge. General Report – Part Two », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, op. cit., p. 75 ; v. aussi les références citées par B. STICKELBROCK, *ibid.*, p. 234.

<sup>11</sup> F. RITTNER, *ibid.*, p. 26.

<sup>12</sup> H. WESTERMANN, *Diskussionsbeitrag*, in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 115 ; V. RIEBLE, in *Staudinger BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 9 (les deux auteurs utilisent l'expression de « Fremdkörper »).

même sujette à évolution. C'est ce qui explique l'extrême difficulté que l'on éprouve à définir objectivement cette notion de pouvoir discrétionnaire.

Si la doctrine allemande s'efforce de définir ce qui fait l'essence du pouvoir discrétionnaire, privilégiant ainsi une approche conceptuelle de la notion (section II), la doctrine française se rallie généralement à la définition restrictive du pouvoir discrétionnaire consacrée par la Cour de cassation, qui est de nature procédurale (section I).

## **SECTION I - LE CRITÈRE RETENU EN DROIT FRANÇAIS : LA DISPENSE DE MOTIVATION DE LA DÉCISION JUDICIAIRE (L'APPROCHE PROCÉDURALE)**

**33.** En droit français, la notion de pouvoir discrétionnaire revêt un sens particulièrement restrictif qui n'est pas propice à une étude comparative (§ 2). Elle se distingue de la notion du pouvoir souverain d'appréciation (§ 1).

### **§ 1. POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET POUVOIR SOUVERAIN D'APPRÉCIATION**

**34.** En droit français, le pouvoir discrétionnaire est défini comme le « pouvoir d'appréciation du juge dans les cas exceptionnels où celui-ci jouit de la faculté de prendre, en fonction des circonstances (qu'il apprécie librement), une décision qui, non seulement échappe au contrôle de la Cour de cassation, comme toute appréciation souveraine de fait, mais, plus spécifiquement, peut se référer, pour motif suffisant, au sentiment d'opportunité du juge (sous réserve, en appel, d'une appréciation différente de l'opportunité) »<sup>13</sup>.

C'est d'ailleurs l'un des éléments de la définition – l'expression de pouvoir d'appréciation du juge – qu'on retrouve le plus fréquemment en doctrine pour

---

<sup>13</sup> *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, v<sup>o</sup> Discrétionnaire. De même : M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, *op. cit.*, p. 6.

qualifier le pouvoir que possède le juge de choisir la sanction adéquate, son pouvoir d'apprécier l'opportunité de la sanction demandée et éventuellement de lui substituer celle de son choix<sup>14</sup>. Cette préférence pour une terminologie en apparence plus neutre est intéressante. Il n'est pas sûr qu'on puisse y voir une réticence à nommer comme tel un pouvoir judiciaire fort, dont on ne veut pas *a priori*, autrement dit un euphémisme de langage. Car appréciation en opportunité ne signifie pas nécessairement dispense de motivation pour le juge et donc pouvoir discrétionnaire.

35. En effet, en droit français, il faut composer avec la notion voisine, quoique distincte, de « pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond », qui est certainement plus familière au civiliste<sup>15</sup>. La notion renvoie à la distinction entre le fond (v. l'art. L 311-1 al. 2 COJ) et le droit (v. l'art. L 411-2 al. 2 COJ). L'appréciation des juges du fond est souveraine là où elle échappe au contrôle du droit<sup>16</sup>. La distinction du fait et du droit est fondamentale en cassation ainsi d'ailleurs que pour déterminer l'étendue des pouvoirs du juge en général. L'exercice du pouvoir souverain et du pouvoir discrétionnaire est l'apanage des juges du fond. Mais à la différence du juge exerçant un pouvoir souverain, le juge exerçant un pouvoir discrétionnaire n'a pas à motiver sa décision. C'est sur ce point essentiel de la dispense de motivation que le pouvoir discrétionnaire se distingue du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond<sup>17</sup>.

Tel est l'enseignement qu'on peut tirer des termes mêmes de la jurisprudence, particulièrement explicite en matière d'astreinte : selon la Cour de cassation, le juge

---

<sup>14</sup> A titre exemplaire, v. J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, TAHC, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 50 : « La plupart des sanctions qui atteignent le contrat sont à la fois judiciaires et facultatives, en ce sens que *le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de prononcer la sanction*. Arbitre de la vie et de la mort du contrat, il décide en toute liberté en considération des intérêts en présence et de l'attitude respective des parties » (nous soulignons).

<sup>15</sup> V. les actes de la conférence du 2 février 2009 sur « Le pouvoir souverain du juge du fond » tenue à la Cour de cassation (reproduits dans Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009). L'un des conférenciers, Ch. CHARRUAULT, conseiller à la Cour de cassation, s'est demandé à cette occasion s'il n'était pas hasardeux de reconnaître une souveraineté quelconque à une entité appartenant à une institution que la Loi fondamentale qualifie de simple autorité. Pour en conclure toutefois que : « (...) le pouvoir dont il s'agit n'épouse pas les contours de l'autorité judiciaire. Ce n'est pas le pouvoir dévolu à l'autorité judiciaire. C'est une forme de pouvoir exercée au sein de l'autorité judiciaire par l'un de ses démembrements, si l'on veut bien admettre que celle-ci soit divisible ».

<sup>16</sup> A titre exemplaire, on peut évoquer l'interprétation des contrats (sous réserve de la dénaturation), l'appréciation de la force probante des éléments de preuve versés au débat ou encore l'évaluation du préjudice. Sur l'appréciation souveraine des faits, v. en dernier lieu Ch. ATIAS, « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2009, p. 744.

qui prononce une astreinte n'a pas à motiver sa décision sur ce point, dans la mesure où la fixation de l'astreinte relève du pouvoir discrétionnaire du juge<sup>18</sup>. En dehors de la procédure civile, et dans le domaine du droit (matériel) des obligations, la Cour de cassation recourt au même raisonnement : à propos des délais de grâce prévus par l'article 1244-1 C. civ., elle a jugé « qu'en refusant d'accorder un délai de paiement aux débiteurs, la cour d'appel n'a fait qu'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'elle tient de l'article 1244-1 du Code civil, sans avoir à motiver spécialement sa décision »<sup>19</sup>. En même temps qu'elles viennent préciser le régime du pouvoir discrétionnaire, ces décisions témoignent de son existence même.

## **§ 2. INCONVÉNIENTS DE LA DÉFINITION PROCÉDURALE RESTRICTIVE**

**36.** dérogeant absolument au droit procédural commun (v. l'art. 455 CPC<sup>20</sup>), il va sans dire que le pouvoir discrétionnaire a un caractère exceptionnel.

Ainsi définie, la notion de pouvoir discrétionnaire est très restreinte, dans la mesure où le sens qui lui est conféré par la Cour de cassation est avant tout d'ordre procédural. Considérée sous cet angle, elle ne rend pas vraiment compte de l'importance des pouvoirs du juge en droit français et ne permet pas la comparaison.

En outre, elle ne fait pas apparaître les raisons pour lesquelles le contrôle de la Cour de cassation est exclu.

---

<sup>17</sup> La censure pour défaut de motifs n'est donc pas concevable lorsque le juge exerce un pouvoir discrétionnaire. Reste uniquement envisageable l'« excès de pouvoir » comme cas d'ouverture à cassation et qui est constitué si le juge prononce une mesure qui n'est pas prévue par la loi ni autorisée par les principes constitutionnels.

<sup>18</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 novembre 1983, Bull. III, n° 219 : « Que les juges du fond, qui disposent d'un pouvoir discrétionnaire pour rejeter une demande d'astreinte, ne sont pas tenus de motiver leur décision ».

<sup>19</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> février 2001, Bull. II, n° 22.

<sup>20</sup> Article 455 al. 1<sup>er</sup> CPC : « (...) Le jugement doit être motivé. (...) ».

## **SECTION II - LE CRITÈRE RETENU EN DROIT ALLEMAND : LA LIBERTÉ DE CHOIX DE L'EFFET JURIDIQUE (L'APPROCHE CONCEPTUELLE ET MÉTHODOLOGIQUE)**

37. Pour définir le pouvoir discrétionnaire, la doctrine allemande s'est attachée à en caractériser son essence et sa structure (§ 1). La définition retenue, qui recouvre les hypothèses où le juge français jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation (§ 2), présente plusieurs avantages (§ 3).

### **§ 1. ESSENCE ET STRUCTURE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE**

38. La définition du pouvoir discrétionnaire dégagée par la doctrine allemande (A) se retrouve également chez certains auteurs français (B).

#### **A. LA DÉFINITION RETENUE PAR LA DOCTRINE ALLEMANDE**

39. Si le pouvoir discrétionnaire du juge est généralement synonyme de contrôle limité<sup>21</sup>, cette définition restrictive prônée par la Cour de cassation peut être qualifiée de spécificité française. En droit allemand, le juge exerçant un pouvoir discrétionnaire (*richterliches Ermessen*) n'est pas dispensé de motiver sa décision. Comme l'exprime un auteur, rien ne peut dispenser le juge de communiquer les aspects qui l'ont amené à son évaluation concrète et à sa décision (discrétionnaire)<sup>22</sup>. Ainsi par exemple, en matière de réduction de clause pénale, le contrôle effectué par la juridiction du droit (*Revisionsgericht*) sur le pouvoir discrétionnaire des juges du fond touche non seulement l'excès de pouvoir (*Ermessensüberschreitung*) mais aussi son « mauvais exercice » (*Ermessensfehlgebrauch*)<sup>23</sup>. Au premier plan se trouvent les

---

<sup>21</sup> Comme le souligne K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, op. cit., p. 111 et s., les difficultés qu'on trouve à définir la notion de pouvoir discrétionnaire tiennent précisément au fait que la « doctrine du pouvoir discrétionnaire » (« Lehre vom Ermessen ») est devenue en même temps un des pivots du droit procédural : il s'agit de déterminer si l'exercice du pouvoir discrétionnaire peut être contrôlé, le cas échéant corrigé, par les instances supérieures.

<sup>22</sup> J. ESSER, « Vorwort », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 16 et s. On approuvera sans réserve la conclusion de l'auteur suivant laquelle l'intensification de l'obligation de motivation constitue le juste prix pour le renforcement de la liberté du juge.

<sup>23</sup> V. V. RIEBLE, in *Staudinger BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 94

erreurs d'appréciation (*Fehler des Abwägungsvorgangs*). Par conséquent, le critère du pouvoir discrétionnaire ne peut être recherché du côté de l'exigence ou non de motivation de la décision judiciaire<sup>24</sup>. Il doit être trouvé ailleurs.

Bien que certains déplorent l'absence d'une véritable « doctrine » du pouvoir discrétionnaire en droit *civil* allemand<sup>25</sup>, force est de constater néanmoins que la question a fait l'objet de nombreuses études en Allemagne<sup>26</sup>. C'est un constat qu'avait fait déjà en son temps Marty qui relevait, par contraste, une carence à peu près complète à ce sujet dans la bibliographie juridique française<sup>27</sup>. Il convient donc de tirer profit des travaux allemands pour mieux cerner la notion de pouvoir discrétionnaire, notion centrale de notre étude.

**40.** Contrairement au droit français où l'aspect du contrôle de la décision du juge par la Cour suprême, donc l'aspect procédural occupe une place centrale dans les réflexions relatives au pouvoir discrétionnaire, la doctrine civiliste allemande tend à privilégier un point de vue méthodologique, qui s'attache à la démarche intellectuelle et au raisonnement (*Denkverfahren*<sup>28</sup>) spécifiques adoptés par l'agent (ici : le juge) exerçant un pouvoir discrétionnaire<sup>29</sup>, autrement dit à la méthode de la prise de décision (*Methodik der Entscheidungsfindung*<sup>30</sup>).

Dans la logique du droit allemand, la détermination de la notion passe d'abord par la question théorique de l'essence et de la structure du pouvoir discrétionnaire

---

<sup>24</sup> Selon un auteur allemand, une dispense de motivation ne serait d'ailleurs pas synonyme de pouvoir discrétionnaire. En effet, son absence n'impliquerait pas nécessairement que la décision n'a pas été prise en application des règles de droit : B. HESS, « Richterliches Ermessen im Zivilprozess. Die Rechtslage in Deutschland. Nationalbericht für die Konferenz der World Association of Procedural Law in Gent 2000 », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control, Mechelen, op. cit.*, p. 398.

<sup>25</sup> V. F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », art. préc., p. 24.

<sup>26</sup> La première étude importante consacrée au pouvoir discrétionnaire du juge *civil* serait celle du professeur SEUFFERT, alors recteur de l'université de Gießen, datant de 1880 (v. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, op. cit.*, p. 228).

<sup>27</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Paris, Sirey, 1929, n° 133, p. 267 (les ouvrages allemands cités par l'auteur prennent tous comme point de départ le pouvoir discrétionnaire de l'administration). De même, P. BONASSIES constatait, en 1963, une absence d'étude systématique et complète de la question du pouvoir discrétionnaire du juge civil en droit français : « Die Ermessensfreiheit des Richters und die Rolle der Billigkeit im französischen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 53. Le même constat a été effectué encore récemment par un auteur qui a tenté d'y remédier : T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, n° 16, 21, p. 359 et s.

<sup>28</sup> L'expression allemande peut être traduite par la « formation du raisonnement (juridique) », une formule utilisée par CORNU à propos des lacunes involontaires de la loi : v. *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 194.

<sup>29</sup> A titre exemplaire : K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken, op. cit.*, p. 114.

<sup>30</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, op. cit.*, p. 205, 216.

qu'il faut dissocier dans un premier temps de la question du contrôle juridictionnel de la décision discrétionnaire<sup>31</sup>. Pour la doctrine dominante allemande, ce qui caractérise le pouvoir discrétionnaire est la faculté pour le juge de déterminer librement la solution juridique d'un litige ; sa liberté de choisir selon des considérations d'opportunité entre plusieurs conséquences juridiques<sup>32</sup>.

Si l'on se réfère à la célèbre et indispensable distinction de Motulsky entre le présumé ou la présupposition (l'hypothèse envisagée par le législateur, le cas de figure factuel) et l'effet juridique (la solution juridique qu'il convient d'appliquer à ce cas)<sup>33</sup>, il y aurait pouvoir discrétionnaire là où le législateur aurait conféré au juge une liberté de choix touchant à l'effet juridique. La doctrine allemande emploie dans ce sens le qualificatif de « Rechtsfolgeermessen »<sup>34</sup>. En ce sens, le pouvoir discrétionnaire est lié en même temps à la structure de la norme puisque sa localisation est cantonnée aux effets juridiques<sup>35</sup>.

## **B. CERTAINS RECOUPEMENTS AVEC LA DOCTRINE FRANÇAISE**

**41.** Il est intéressant de noter qu'on retrouve peu ou prou la même définition du pouvoir discrétionnaire chez certains auteurs français qui ont nourri leur réflexion de droit comparé. Ainsi Gérard Cornu, se référant à la doctrine helvétique, enseigne qu'« (...) un choix [entre des solutions juridiquement équivalentes, et donc juridiquement indifférentes] au gré du juge relève du pouvoir discrétionnaire (...) »<sup>36</sup>. Certains passages de la thèse de Marty sont éloquentes également : l'auteur décèle un

<sup>31</sup> Exemplaire dans cette démarche : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, op. cit., p. 215. La question du contrôle est donc bien abordée mais elle passe au second plan.

<sup>32</sup> H. WESTERMANN, « Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts », relaté par F. SCHWARZ, AcP 152 (1952/53), p. 445 ; B. HESS, « Richterliches Ermessen im Zivilprozess. Die Rechtslage in Deutschland. Nationalbericht für die Konferenz der World Association of Procedural Law in Gent 2000 », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, op. cit., p. 395 ; B. STICKELBROCK, op. cit., p. 274, 343.

<sup>33</sup> L'inspiration nettement germanique de la distinction proposée par Henri MOTULSKY (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, th. Lyon, préf. P. ROUBIER, Recueil Sirey, 1948) a déjà été relevée : v. C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n° 618 ; F. FERRAND, « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », *Procédures* n° 3, Mars 2012, dossier 11.

<sup>34</sup> Les termes de « Tatbestandsermessen » et « Rechtsfolgeermessen » remontent à Lothar SEUFFERT, v. H. GÖPPINGER, « Das Ermessen des Richters », *JurJb* 9. Bd. 1968/69, p. 96 et l'étude de B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, op. cit., p. 228 et s.

<sup>35</sup> V. toutefois K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, op. cit., p. 116 et s., qui adopte une approche d'ordre méthodologique de la notion de pouvoir discrétionnaire mais qui conteste l'idée que ce pouvoir ne puisse être localisé que d'un côté de la norme juridique.

<sup>36</sup> G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 230.



pouvoir discrétionnaire dans les cas où une disposition « laisse le juge absolument libre d'user ou de ne pas user de la faculté qui lui est ouverte, et d'apprécier souverainement l'opportunité de la mesure prévue par la loi »<sup>37</sup>.

Remarquons que la définition française du pouvoir discrétionnaire de l'Administration énoncée plus haut va dans le même sens. En droit administratif, on enseigne traditionnellement que « le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives n'est rien d'autre que le pouvoir de choisir entre deux décisions ou deux comportements (deux au moins) également conformes à la légalité »<sup>38</sup>.

42. Si l'on porte un bref regard également sur le Code de procédure pénale (CPP), une des rares codifications françaises utilisant expressément la notion de pouvoir discrétionnaire, on constate que l'idée du libre choix du titulaire du pouvoir discrétionnaire est bien inhérente à la notion<sup>39</sup>. Parmi les trois articles qui mentionnent expressément le pouvoir discrétionnaire (art. 310, 330 et 336 CPP), l'article 310 al. 1 CPP est le plus intéressant<sup>40</sup>. Celui-ci dispose que « Le président [de la cour d'assises] est investi d'un pouvoir discrétionnaire en vertu duquel il peut, en son honneur et en sa conscience, prendre toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité. Il peut, s'il l'estime opportun, saisir la cour qui statue dans les conditions prévues à l'article 316 ». Ce pouvoir s'explique par la règle de la continuité des débats qui interdit de suspendre l'examen d'une affaire criminelle pour permettre un supplément d'information<sup>41</sup>. Il a donc fallu doter le président d'un pouvoir exceptionnel. Ainsi que l'expose la doctrine, l'exercice du pouvoir que confère l'article 310 au président de la cour d'assises dépend entièrement et

---

<sup>37</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. préc., n° 135, p. 270. Il faut préciser que ces affirmations s'inscrivent dans une recherche des conditions dans lesquelles il y a pouvoir discrétionnaire *mettant obstacle à l'exercice du pouvoir de contrôle de la Cour suprême sur l'application de la loi aux faits constatés*.

<sup>38</sup> R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1248, p. 1056. C'est en s'appuyant à la fois sur la doctrine administrative et la thèse de J.-P. LEGROS (*Essai sur la motivation des jugements civils*, Dijon, 1987) que T. BARTHOUIL relève également : « le pouvoir discrétionnaire est le pouvoir légal, octroyé aux juges du fond parce qu'indispensable dans certains cas, d'apprécier l'opportunité de la mesure à prendre » (« Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », art. préc., n° 41 et 52). La liberté de choix conférée au juge est aussi le critère déterminant de la définition du pouvoir discrétionnaire retenue par l'auteur (*ibid.*, n° 66).

<sup>39</sup> Notons qu'à côté du CPP, seul le Code de justice militaire (nouveau) laisse apparaître la notion de pouvoir discrétionnaire (en rapport avec les pouvoirs du président du tribunal aux armées).

<sup>40</sup> Les articles 330 et 336 CPP ne font que se référer au pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises posé à l'article 310 du même code.

<sup>41</sup> H. ANGEVIN, J.-Cl. Proc. pénale, Art. 306 à 316, Fasc. 30, n° 44 et 46.

exclusivement de la libre décision de celui-ci<sup>42</sup>. Le président n'est jamais tenu d'exercer ce pouvoir ; c'est pourquoi l'on dit qu'il est « facultatif »<sup>43</sup>. C'est dire combien l'exercice du pouvoir discrétionnaire correspond à un acte de volition. Le pouvoir discrétionnaire n'en est pas pour autant un pouvoir arbitraire : en vertu de l'article 310 CPP, le président de la cour peut recourir à une multitude de mesures mais celles-ci ne doivent pas être contraires à la loi<sup>44</sup>. En somme, la description doctrinale du pouvoir discrétionnaire du président de la cour d'assises rejoint bien la définition allemande du pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*). Il est vrai que cette convergence se voit atténuée en pratique par la définition que retient la jurisprudence de ce pouvoir : les arrêts de la Cour de cassation s'attachent principalement au critère du contrôle de la décision. Ils énoncent ainsi que « ce pouvoir est exercé en dehors de tout contrôle, la loi confiant à ce magistrat seul le soin d'en déterminer l'application en son honneur et conscience »<sup>45</sup>. Par ailleurs, les décisions prises par le président de la cour d'assises en vertu de son pouvoir discrétionnaire n'ont pas à être motivées<sup>46</sup>.

## **§ 2. « ABSORPTION » DU POUVOIR SOUVERAIN D'APPRÉCIATION PAR LE CONCEPT ALLEMAND**

**43.** Suivant la définition allemande du pouvoir discrétionnaire, certaines hypothèses que le droit français range dans la catégorie du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond tomberaient sous le vocable « *richterliches Ermessen* » en droit allemand<sup>47</sup>.

En effet, le droit français connaît un certain nombre de cas dans lesquels la solution légale est déterminée dans son principe, non dans ses modalités. Par exemple, en droit de la responsabilité civile, le juge a une liberté d'appréciation pour fixer l'importance du préjudice et déterminer les modalités de la réparation, ces

---

<sup>42</sup> H. ANGEVIN, *ibid.*, n° 62.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> H. ANGEVIN, *op. cit.*, n° 126.

<sup>45</sup> V. les références jurisprudentielles citées par H. ANGEVIN, *op. cit.*, n° 62.

<sup>46</sup> V. par ex. Crim., 23 novembre 1988, Bull. crim., n° 398 et pour plus de détails, H. ANGEVIN, *op. cit.*, n° 139.

<sup>47</sup> Rappr. J. ESSER, « Vorwort », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 5.

questions relevant de son pouvoir souverain<sup>48</sup>. Le juge choisit donc librement et souverainement entre réparation en nature et dommages-intérêts, ce qui témoigne de son pouvoir de déterminer librement l'effet juridique. Traditionnellement, on considère qu'il est libre d'apprécier l'opportunité du mode de réparation sollicité en tenant compte de tous les intérêts en présence. Une définition plus large du pouvoir discrétionnaire, orientée au libre choix judiciaire de l'effet juridique, permet d'englober toutes les hypothèses dans lesquelles est conféré au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la mesure.

44. On notera que le « sentiment d'opportunité du juge » est aussi l'un des éléments fondamentaux de la définition du pouvoir discrétionnaire proposée par le *Vocabulaire juridique* de Cornu reproduite ci-dessus, bien qu'il soit invoqué en relation avec la dispense de motivation de la décision<sup>49</sup>. On souligne bien souvent que le débat du pouvoir discrétionnaire (de l'administration avant tout) est à jumeler avec la question également centrale de l'opportunité<sup>50</sup>.

### **§ 3. AVANTAGES DU CONCEPT ALLEMAND DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE**

45. Le mérite du concept allemand du pouvoir discrétionnaire est double.

46. En premier lieu, il est plus propice à la comparaison en ce qu'il permet de prendre en compte des hypothèses comparables qui font toutefois l'objet de qualifications différentes dans les systèmes juridiques respectifs.

---

<sup>48</sup> V. par exemple Civ. 3<sup>e</sup>, 28 février 1969, Bull. III, n° 182 : « (...) en dehors de l'hypothèse où l'exécution en nature, lorsqu'elle est possible, est offerte par le responsable ou demandée par la victime, les juges déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage ». Notons que certains n'hésitent pas à parler ici d'« une certaine marge de pouvoir discrétionnaire » : L. BACH, *Rép. civ.*, v° Jurisprudence, n° 95.

<sup>49</sup> De même, en droit administratif, d'aucuns soulignent qu'« il est normal et même nécessaire que le droit ouvre à l'administration des possibilités de choix, car l'intérêt général ne saurait s'accommoder d'une administration se trouvant dans la situation d'un robot au comportement programmé. La légalité n'importe pas seule. L'opportunité compte aussi. (...) C'est précisément de la liberté d'apprécier ce que l'opportunité recommande que ces autorités sont investies quand elles disposent du pouvoir discrétionnaire » (nous soulignons) : R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 1248, p. 1056.

<sup>50</sup> B. PACTEAU, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Discrétionnarité, p. 375 (et l'auteur de citer R. BONNARD : « Avec le pouvoir discrétionnaire, l'administration est juge de l'opportunité de ses actes »).

Les quelques études comparatives dédiées au pouvoir discrétionnaire du juge ne s'y sont pas trompées et ont adopté (parfois implicitement) la même démarche en ne s'arrêtant pas aux concepts nationaux<sup>51</sup>. Comme nous le verrons par la suite, la Commission Lando elle-même, qui est à l'origine des PDEC, utilise l'expression de pouvoir discrétionnaire du juge dans le sens d'une liberté de choix de la mesure. Pour les besoins de la présente étude, il convient donc de dépasser l'acception étroite de la notion de pouvoir discrétionnaire, telle qu'elle prévaut en droit civil français.

47. Par là-même, et en deuxième lieu, les problèmes de délimitation des cas où le juge exerce un pouvoir souverain d'appréciation de ceux où il exerce un « véritable » pouvoir discrétionnaire<sup>52</sup>, qui préoccupent logiquement la doctrine française mais qui ne sont pas féconds en termes de droit comparé, passent au second plan.

L'hésitation provient du fait qu'aux termes de nombreux textes, « le juge peut... » prendre telle ou telle décision (v. par ex. les art. 1244-1 et 1152 C. civ.) : *a priori*, il est loisible à un juge, soit d'ordonner la mesure définie, soit de ne pas la prendre. La tournure est révélatrice de la faculté légale accordée au juge de choisir librement la solution juridique à appliquer au cas d'espèce. C'est pourquoi la doctrine allemande y voyait traditionnellement le signe d'un pouvoir discrétionnaire du juge<sup>53</sup>. En droit français, si la tournure révèle généralement l'absence d'un contrôle de la part

---

<sup>51</sup> A l'occasion du Congrès de droit comparé de Vienne en date de 1963 (organisé par la « société (allemande) de droit comparé », la « Gesellschaft für Rechtsvergleichung ») portant sur le pouvoir discrétionnaire et l'équité du juge civil, le rapporteur français P. BONASSIES, dont le rapport est rédigé en langue allemande, est parti des cas où le juge français jouit d'un pouvoir souverain d'appréciation en les qualifiant de « Ermessensnormen » : v. « Die Ermessensfreiheit des Richters und die Rolle der Billigkeit im französischen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 56 et s. V. également B. HESS, « Judicial Discretion », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 48, 50 : « Judicial discretion describes the power of judges to decide a case according to their choice » ; « (...) all national and regional reports agree that the constituent pattern of judicial discretion consists in the freedom of the judge to choose between different courses of action ».

<sup>52</sup> V. à ce titre A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », PA 15 novembre 2001, p. 8.

<sup>53</sup> V. à propos de ce qu'il est convenu d'appeler les « Kann-Vorschriften » : B. HESS, « Richterliches Ermessen im Zivilprozess. Die Rechtslage in Deutschland. Nationalbericht für die Konferenz der World Association of Procedural Law in Gent 2000 », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 396. De façon critique : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 345 ; R. HOLZHAMMER, « Das zivilrechtliche Ermessen », in *Festschrift für Hans W. FASCHING zum 65. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 228 ; R. STOFFEL, *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971, p. 94 et s. (à propos du pouvoir de réduction des clauses pénales découlant du § 343 BGB). La doctrine contemporaine, de même que la jurisprudence plus récente, tendent plutôt à interpréter le terme « peut » en ce sens que le juge n'a pas la simple faculté d'intervenir mais l'obligation de le faire lorsque les conditions légales d'application de la règle juridique sont réunies : v. les références citées par F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 34 (à propos du code de commerce allemand).

de la Cour de cassation<sup>54</sup>, une telle formulation laisse toutefois ouverte la question de la nature précise des pouvoirs du juge : le juge du fond dispose-t-il d'un (simple) pouvoir souverain d'appréciation ou d'un pouvoir discrétionnaire<sup>55</sup> ?

D'après l'étude de Jacques et Louis Boré, il conviendrait de distinguer les cas où la solution légale est déterminée dans son principe, non dans ses modalités, comme on vient de le voir précédemment en matière de réparation, et qui confèrent alors au juge un (simple) pouvoir souverain d'appréciation, et ceux où l'effet juridique est abandonné par la loi au pouvoir discrétionnaire du juge<sup>56</sup>.

La distinction semble être plus descriptive et empirique qu'explicative : le pouvoir discrétionnaire du juge se présenterait sous des formes variées, qui enfermeraient celui-ci dans un cadre plus ou moins étroit<sup>57</sup>. Au titre des formes plus restrictives, le pouvoir du juge d'accorder des délais de grâce en vertu de l'article 1244-1 C. civ. fait figure d'exemple, en ce que la loi lui assignerait des limites chiffrées (deux ans), qui seraient impératives. Parmi les formes plus libres, il faudrait compter le pouvoir du juge d'accorder un délai d'exécution au débiteur, avant de prononcer la résolution judiciaire d'un contrat, conformément à l'article 1184, *in fine*, de ce code.

Sans vouloir remettre en cause le bien-fondé de l'analyse, il convient d'en relever les limites. La distinction opérée s'insère dans l'étude plus large du mécanisme du pourvoi en cassation : l'objet de l'étude est avant tout de déterminer ce qui peut faire l'objet d'une censure par la Cour de cassation et ce qui ne le permet pas. Réalisée par des praticiens spécialisés en la matière, l'analyse s'appuie entièrement sur l'état de la jurisprudence pour donner aux cas de figure leur juste qualification. Malgré l'effort de systématisation réalisé, l'analyse reste donc descriptive. En particulier, elle n'explique pas quels éléments (exceptée la dispense de motivation) permettent de qualifier un pouvoir de discrétionnaire et inversement.

---

<sup>54</sup> Comp. la question suscitée par le libellé de l'art. 1244 (ancien) C. civ. : « On demanda encore si la Cour de cassation pourrait examiner si les juges avaient bien ou mal à propos accordé un délai au débiteur : il ne fut pas répondu directement à cette question : mais il est bien constant que la Cour s'en rapporte à ce qui est décidé par les juges, sur les faits et les circonstances » : v. *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, par J. DE MALEVILLE, t. III, Paris, Garnery & Laporte, 1805, p. 97.

<sup>55</sup> Selon G. MARTY, th. préc., n° 135, p. 272 : « Le procédé ordinairement employé par le législateur pour conférer au juge un pouvoir discrétionnaire est l'emploi du mot "pourra", (...) ou "selon les circonstances", sans qu'il y ait là toutefois un critérium absolu ».

<sup>56</sup> V. J. et L. BORÉ, Rép. proc. civ., v° Pourvoi en cassation, n° 352-363.

La distinction opérée entre les cas où les modalités de la solution légale restent (seules) à déterminer et les cas où la solution légale est (entièrement) abandonnée au pouvoir du juge semble difficile à manier en pratique.

Qui plus est, les qualifications opérées ne font pas l'unanimité<sup>58</sup> ; la jurisprudence elle-même fluctue et évolue, ce qui vient accentuer les hésitations. Pour ne prendre qu'un exemple : pendant longtemps, la Cour de cassation a jugé que les juges du fond disposaient d'un pouvoir souverain pour apprécier si des délais de grâce peuvent être accordés au débiteur<sup>59</sup> ou s'ils doivent lui être refusés<sup>60</sup>. Toutefois, les arrêts récents qualifient le pouvoir du juge de *refuser* d'accorder un délai de grâce de discrétionnaire<sup>61</sup>. Nonobstant le qualificatif employé par la Cour de cassation, certains considèrent qu'il s'agit là d'une mesure « paraissant faussement discrétionnaire »<sup>62</sup>. En l'occurrence, le juge serait dispensé de motiver son refus pour la simple raison qu'il se bornerait à faire application de la convention en cause (et donc de l'article 1134 C. civ. qui s'impose à lui). La décision serait donc bien motivée quoique implicitement. Ainsi, il faudrait opérer une distinction entre le pouvoir du juge de refuser d'accorder la mesure, lequel pourrait être qualifié de (faussement) discrétionnaire et celui d'accorder ladite mesure. On pourrait convenir que ce dernier, de par son caractère dérogatoire à la convention et à la loi, nécessite toujours une motivation explicite<sup>63</sup>. La jurisprudence rendue à propos du pouvoir judiciaire de réduction des clauses pénales semble venir conforter ce raisonnement. La Cour décide, en effet, que le juge n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque, faisant une application pure et simple de la convention des parties, il refuse de réduire le montant de la peine contractuelle<sup>64</sup>. Inversement, la Cour de cassation a

<sup>57</sup> *Ibid.*, n° 361.

<sup>58</sup> Comp. A. SÉRIAUX, « Réflexions sur les délais de grâce », RTD civ. 1993, p. 795 ; A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », PA 15 novembre 2001, p. 8, n° 44.

<sup>59</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 10 juin 1970, Bull. II, n° 201.

<sup>60</sup> Com., 9 janvier 1974, Bull. IV, n° 14.

<sup>61</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 octobre 2006, Bull. I, n° 435.

<sup>62</sup> A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », PA 15 novembre 2001, p. 8, n° 21.

<sup>63</sup> V. toutefois *Lamy Droit du contrat*, coll. Lamy Droit civil, Rueil-Malmaison, Wolters Kluwer France, 2009, n° 348-85 : « le pouvoir d'accorder ou de refuser les délais de paiement est discrétionnaire (...) ».

<sup>64</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2001, Bull. I, n° 191 : « Attendu que les juges du fond, pour qui la réduction des effets d'une clause pénale n'est qu'une simple faculté, n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, comme en l'espèce, refusant d'en retenir le caractère excessif, et en conséquence de modifier le montant de la "peine" qui y est forfaitairement prévue, ils font une application pure et simple de la convention des parties ». A propos des délais de grâce, certains auteurs considèrent toutefois que cette dispense de motivation « ne concerne que le cas où le débiteur, sur la demande de condamnation du créancier, sollicite reconventionnellement du tribunal la faveur d'un délai pour s'exécuter. (...) En revanche, lorsque le délai est sollicité par voie de demande principale, ce qui est le cas chaque fois que la demande vise un titre exécutoire autre qu'un jugement ou qu'elle est portée devant le juge de l'exécution postérieurement au jugement de

toujours exigé que, dans leur décision de révision de la clause pénale, les juges du fond recherchent et précisent en quoi le montant de la pénalité était manifestement excessif. Autrement dit, le juge doit exposer les motifs pour lesquels il modère une clause pénale<sup>65</sup>. Ces exemples montrent combien les frontières entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir souverain sont difficiles à tracer.

Elles le sont d'autant plus que tout comme la distinction entre le fait et le droit<sup>66</sup>, la distinction entre le pouvoir souverain et le pouvoir discrétionnaire n'est pas figée. On ne saurait nier l'importance de la qualification de la nature des pouvoirs du juge dans chaque cas particulier : elle détermine les chances de succès d'un pourvoi<sup>67</sup>. Cependant, il s'agit-là d'un aspect franco-français<sup>68</sup>.

**48.** Pour mesurer et comparer l'ampleur des pouvoirs du juge du contrat dans les systèmes juridiques respectifs, il convient de retenir le point commun des divers cas de figure : la liberté laissée au juge d'ordonner la mesure ou non. C'est là un aspect essentiel, en ce qu'il influe sur la répartition des pouvoirs entre le juge et les parties : la consécration d'un tel pouvoir judiciaire représente une restriction importante à la liberté de choix des parties<sup>69</sup>. Là où le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire, le demandeur n'a pas le droit (subjectif) d'obtenir la mesure de son choix puisque plusieurs solutions sont envisageables. C'est une considération de première importance qui nous permettra de déterminer qui, du juge ou des parties, dispose de la faculté de choix des suites de l'inexécution du contrat.

condamnation, le refus du délai de grâce doit être motivé, conformément à l'article 455 du nouveau Code de procédure qui en fait, de manière générale, l'obligation pour tout jugement, à peine de nullité » : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, n° 601. Rapp. art. 510 al. 4 CPC qui n'envisage cependant que « l'octroi » du délai.

<sup>65</sup> Une cassation pour manque de base légale sanctionnerait une insuffisance de motivation. Pour un ex., v. Com., 11 février 1997, Bull. IV, n° 47. Cependant, cela n'empêche pas certains de ranger la révision judiciaire de la pénalité convenue parmi les mesures « véritablement discrétionnaires » : A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », PA 15 novembre 2001, p. 8, n° 41.

<sup>66</sup> La Cour de cassation peut décider d'exercer un contrôle sur des appréciations qu'elle considèrerait auparavant comme relevant du pouvoir souverain des juges du fond et inversement.

<sup>67</sup> D'où le souhait de certains que soit dressée une liste des mesures relevant du pouvoir discrétionnaire, quand bien même cette liste devrait rester exhaustive : A. PERDRIAU, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », PA 15 novembre 2001, p. 8, n° 45.

<sup>68</sup> Pour le juriste allemand, il ne fait aucun doute que les délais de grâce confèrent au juge un pouvoir discrétionnaire lui permettant de moduler l'effet juridique : J. ESSER, « Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht », in *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 26 (« Ermessensvollmacht hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechtsfolgen »).

<sup>69</sup> Rapp. B. HESS, « Judicial Discretion », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 48 : « As freedom to select, discretion entails power. Therefore, judicial discretion empowers judges in their relations to the parties (...) » ; F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 28.

## CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

49. La comparaison des critères retenus en droits français et allemand pour définir la notion de pouvoir discrétionnaire du juge a fait ressortir les inconvénients de l'approche procédurale française et les avantages de l'approche conceptuelle et méthodique allemande. Limiter le pouvoir discrétionnaire à la dispense de motivation, c'est prendre le risque de le présenter comme un pouvoir d'exception, en perpétuelle régression, au rebours du phénomène d'intensification des pouvoirs du juge reconnu partout ailleurs.

Certes, il ne faut pas oublier qu'en droit français, il faut conjuguer avec une deuxième notion, celle du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, qui se distingue du pouvoir discrétionnaire par l'obligation qui est faite aux juges de motiver leur décision, bien qu'elle échappe elle aussi au contrôle du droit. C'est dire qu'au concept allemand de « richterliches Ermessen » correspondent deux concepts français : le pouvoir discrétionnaire *stricto sensu* et le pouvoir souverain d'appréciation. Bien que l'aspect du contrôle de la décision soit inhérent également au concept allemand du pouvoir discrétionnaire (*richterliches Ermessen*), il n'en constitue pas pour autant le critère premier.

Consciente du fait que le contrôle juridictionnel peut varier avec le temps, en fonction de considérations politico-juridiques, la doctrine allemande s'est efforcée de définir ce qui fait l'essence du pouvoir discrétionnaire. Adoptant une approche conceptuelle et méthodologique, elle enseigne ainsi que le pouvoir discrétionnaire se caractérise par le fait, pour le juge, de pouvoir choisir entre plusieurs conséquences juridiques également conformes à la légalité, selon des considérations d'opportunité. Cette définition plus large du pouvoir discrétionnaire permet de dépasser les problèmes de délimitation entre le (véritable) pouvoir discrétionnaire et le (simple) pouvoir souverain d'appréciation, propres au droit français et qui ne sont pas féconds en termes de droit comparé. Ainsi défini et appliqué à la matière de l'inexécution, le concept du pouvoir discrétionnaire vise principalement les cas où le juge a le choix de la sanction ou de toute autre mesure.



**50.** La précision est d'importance : la référence aux « conséquences (effets) juridiques » semble déterminante dans la définition allemande du pouvoir discrétionnaire. En effet, celle-ci prend appui sur la structure de la règle juridique, à savoir la distinction entre le présumé de la norme (*Voraussetzung*) et son effet juridique (*Rechtsfolge*) que propose Stammler et que retient Motulsky, donc sur la double détermination qui en découle pour le juge. Dire que le pouvoir discrétionnaire consiste à déterminer librement l'effet juridique, c'est localiser en même temps ce pouvoir du côté de l'effet juridique. Dans cette perspective, il n'est pas étonnant que la méthode des notions-cadre, à contenu variable, fréquemment employée pour définir les conditions légales d'application d'une règle juridique (donc le présumé de la norme), ait bénéficié de l'attention particulière de la doctrine allemande. Car le prononcé ou non d'une mesure peut dépendre de conditions dont l'énoncé même laisse une marge d'appréciation au juge, si bien que les deux aspects ne peuvent être séparés l'un de l'autre.

**51.** La question se pose donc de savoir si l'indétermination du présumé de la norme ou plus généralement la présence de notions légales à contenu indéterminé ou standards confèrent au juge un pouvoir discrétionnaire. Celle-ci sera au cœur de cette première partie.

Comme nous l'avons laissé entendre, il s'agit d'une question discutée avant tout dans la doctrine allemande, moins en France. La raison pourrait en être qu'en droit français, les hypothèses les plus diverses où le juge dispose d'une certaine marge de liberté sont couvertes par le terme générique de « pouvoir d'appréciation ». De par son caractère relativement neutre, il est susceptible de plusieurs degrés et permet donc d'embrasser les cas de figure les plus divers<sup>70</sup>. L'appréciation est définie comme un mode de décision fondé sur la prise en considération de critères objectifs mais souples (opportunité, intérêts, etc.) dont la pesée laisse nécessairement à celui

---

<sup>70</sup> Il est intéressant de noter que le terme d'appréciation est susceptible de plusieurs traductions en langue allemande : il peut être traduit par « **Beurteilung** » ou « **Ermessen** » (v. M. DOUCET, K. E. W. FLECK, *Dictionnaire juridique et économique*, t. 1, français-allemand, München, C.H. Beck, 1988, v° Appréciation). Or, les deux termes sont loin d'être identiques et la doctrine allemande opère une stricte distinction entre les deux ; seul le dernier exprime le pouvoir discrétionnaire du juge. Témoinant de la largesse de la notion de pouvoir d'appréciation, on relèvera cette observation selon laquelle « (...) la marge d'appréciation est l'océan du

qui apprécie une certaine latitude (aggravée par sa subjectivité) d'où les expressions : pouvoir, liberté, marge d'appréciation<sup>71</sup>.

C'est ainsi qu'on retrouve la notion d'appréciation dans les tentatives de définition du concept de standard juridique. Les standards sont considérés comme des termes difficiles à définir avec précision et désignant la référence faite dans certains textes à une conduite jugée correcte au regard de ce qui est communément admis dans un groupe social donné. Il est précisé enfin que leur caractère flou confère de la souplesse à l'application de ces textes, en laissant aux juges une assez grande liberté d'appréciation dans les affaires qui leur sont soumises<sup>72</sup>.

**52.** L'engouement du législateur contemporain pour les techniques législatives souples, dont fait partie la technique de l'utilisation des énoncés généraux ou standards<sup>73</sup>, considérées par certains auteurs comme un bienfait pour la réalisation du droit, et décriées par d'autres comme engendrant l'arbitraire du juge et l'insécurité juridique, commande qu'on définisse précisément la nature des pouvoirs attribués au juge en ce cas.

Ici, plus qu'ailleurs, les opinions divergent sur la nature du pouvoir du juge. Cela se comprend aisément tant « ce malaise engendré par l'indétermination des concepts tient à ce que cette indétermination est au creux des questions les plus délicates pour les juristes, même s'ils ne s'en rendent pas toujours compte. L'indétermination (...) renvoie aux notions fuyantes de fait et de droit, de pouvoir discrétionnaire et d'appréciation souveraine ». (...) Au travers de la fluidité de certains concepts se profilent enfin les valeurs de référence du législateur et du juge »<sup>74</sup>. L'évolution de la science du droit privé est pour partie la cause de ce malaise : celle-ci ne connaît qu'un type uniforme de règle juridique comme objet

---

pouvoir souverain du juge du fond » : R. TOURNIER, « Les techniques de motivation des décisions de justice », *RLDC* 2012/89, n° 4524.

<sup>71</sup> *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, *op. cit.*, v° Appréciation.

<sup>72</sup> *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, v° Standards juridiques. Rapp. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2001, p. 116 : « Le législateur introduit souvent, délibérément, des notions indéterminées dans les textes pour laisser au juge ou aux autorités publiques une plus grande liberté d'appréciation ».

<sup>73</sup> Sur ce phénomène commun aux droits français et allemand, v. V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 345 et s.

<sup>74</sup> S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 40.

d'une application, d'une subsumption et d'une interprétation strictement rationnelle de la part du juge<sup>75</sup>. A côté, il ne reste que le seul pouvoir (*schlichte Macht*)<sup>76</sup>.

**53.** Les réponses apportées en droits allemand et français divergent fortement. En effet, si la doctrine allemande majoritaire rejette catégoriquement la thèse du pouvoir discrétionnaire lorsque le juge applique des notions-cadre ou standards (titre II), la doctrine française, tend, à l'inverse à y voir la manifestation d'un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire du juge (titre I). Il s'agit là d'un aspect digne d'intérêt qui n'est pourtant jamais relevé dans les études comparatives relatives aux standards ou énoncés généraux<sup>77</sup>. Or l'image qu'on se fait de l'étendue des pouvoirs du juge dépend étroitement de la réponse apportée à cette question.

---

<sup>75</sup> F. RITTNER : « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 25.

<sup>76</sup> F. RITTNER : « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 25.

<sup>77</sup> V. par ex. les travaux de la Semaine internationale de droit comparé effectués à l'occasion du centenaire de la Société de législation comparée, portant sur le thème des « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 105 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques », RRJ 1988-4, p. 871 et s. ; V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 345 et s.

## TITRE I - LE FLOTTEMENT TERMINOLOGIQUE EN DROIT FRANÇAIS

54. La thèse selon laquelle l'indétermination de la norme engendrerait du pouvoir discrétionnaire est très répandue au sein de la doctrine française<sup>1</sup>. C'est ainsi qu'on enseigne : « Intégré dans une règle de droit, le standard confère au juge un pouvoir discrétionnaire qui lui permet d'arbitrer des conflits de façon intuitive et empirique. (...) Le standard offre au juge un pouvoir discrétionnaire qui rend la règle imprévisible. Plus que de coutume *secundum legem* (il ne renvoie pas toujours à une coutume), il y a là une abdication *intra legem* par le législateur de son pouvoir »<sup>2</sup>. Le recours aux notions-cadre est perçu par ailleurs comme une manifestation de la part croissante de l'équité dans la conception contemporaine de l'office du juge civil<sup>3</sup>. Or on sait combien l'équité renvoie à l'idée d'arbitraire du juge. Ainsi, considère-t-on communément en France que le juge exerce un pouvoir discrétionnaire, si ce n'est arbitraire lorsqu'il est amené à faire application de notions-cadre, à contenu variable ou standards.

S'il semble exister un certain consensus sur ce point, les auteurs révèlent rarement les raisons qui les conduisent à une telle affirmation. Bien souvent d'ailleurs, les notions de pouvoir discrétionnaire et de pouvoir arbitraire sont utilisées indistinctement<sup>4</sup>. Tout ceci se traduit par un vocabulaire fluctuant.

---

<sup>1</sup> V. l'étude détaillée de T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, n° 65 et 66, p. 372. L'auteur affirme se ranger du côté de ceux qui considèrent que lorsque la loi met le juge ou l'administrateur en devoir d'apprécier des concepts légaux imprécis, il y a bien exercice d'un pouvoir discrétionnaire, délégation du législateur au juge ou à l'administrateur, pour apprécier quelle interprétation à donner du concept sera la plus appropriée à la situation qui lui est soumise. Pour une étude plus ancienne, v. par ex. A.-A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 146.

<sup>2</sup> Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005, n° 250.

<sup>3</sup> Sans que le terme d'équité ait ici une connotation négative : L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Équité*, rev. *Justices* n° 9, 1998, p. 99.

<sup>4</sup> V. par ex. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 119 : « L'application des notions à contenu variable, ainsi abandonnée au pouvoir discrétionnaire de l'administrateur ou du juge, implique manifestement un risque d'arbitraire qu'on ne peut guère éviter quand il s'agit d'apprécier des valeurs d'ordre social ou moral. Plus les notions juridiques sont vagues et indéterminées, plus cette liberté d'appréciation et ce risque sont importants ».

On tentera ainsi de percevoir les raisons qui sous-tendent la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge (chapitre I) ainsi que celle du pouvoir arbitraire du juge (chapitre II).

## **CHAPITRE I - L'ASSOCIATION DES NOTIONS-CADRE AU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE**

**55.** Sur le plan des idées, le droit civil et le droit administratif postulent l'un et l'autre une forte interdépendance entre l'indétermination et la discrétion (section I). La prédominance du critère du contrôle de la décision, au plan technique, pourrait venir expliquer cette association effectuée entre notions-cadre et pouvoir discrétionnaire (section II).

### **SECTION I - CONVERGENCE DES ENSEIGNEMENTS EN DROIT CIVIL ET ADMINISTRATIF**

**56.** La notion de pouvoir discrétionnaire étant surtout ancrée en droit administratif, il est logique de s'intéresser en premier lieu à l'étude dont elle fait l'objet dans cette branche du droit. Celle-ci révèle que les notions-cadre et standards sont considérés comme des facteurs de « discrétionnalité » (§ 1). Cette analyse rejoint celle de la doctrine civiliste (§ 2).

#### ***§ 1. L’AFFIRMATION DE L’INTERDÉPENDANCE ENTRE « INDÉTERMINATION » ET « DISCRÉTION » EN DROIT ADMINISTRATIF***

**57.** La thèse défendue par les civilistes français pourrait être influencée par la doctrine du droit administratif et ses développements relatifs à la notion de pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Stéphane Rials a montré que la thèse selon laquelle la norme textuelle peu déterminée ouvrirait la voie au pouvoir discrétionnaire de l'administration était très

répandue en droit administratif et pouvait être qualifiée de théorie dominante<sup>5</sup>. La thèse trouverait ses origines notamment dans les écrits de Charles Eisenmann, lequel aurait insisté sur le fait que « le caractère imparfaitement déterminé de toute notion figurant dans une règle (...) est un facteur de discrétionnalité »<sup>6</sup>.

**58.** Sans pouvoir entrer dans les détails de la doctrine administrative, il est intéressant de constater à quel point la théorie du droit administratif et celle du droit civil s'influencent mutuellement, du moins se recoupent. Nous verrons que la distinction opérée par les civilistes allemands entre le pouvoir discrétionnaire et les notions juridiques indéterminées, dit « dualisme », trouve ses origines dans le droit administratif allemand. Inversement, l'acception large du pouvoir discrétionnaire répandue dans la doctrine civiliste française, pourrait s'expliquer par l'acception qu'on lui donne en droit administratif français, sauf à remarquer que l'influence de la doctrine administrative sur la doctrine civiliste sur ce point est certainement plus forte encore en Allemagne qu'en France, pour deux raisons au moins.

D'une part, l'étude des deux branches du droit n'est pas autant cloisonnée en Allemagne : les juristes allemands reçoivent tous une formation identique qui a pour ambition de préparer un juriste complet (*Volljurist*), universel (*Einheitsjurist*), qui soit capable d'entrer dans n'importe quelle profession juridique y compris dans la fonction publique. D'autre part, comme il sera démontré plus loin, la distinction forgée par la doctrine administrative allemande entre la concrétisation des notions juridiques indéterminées et le pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) est d'ordre méthodologique. Elle démontre en quoi l'exercice du pouvoir discrétionnaire fait preuve d'une démarche méthodique spécifique, qui diffère de l'exercice d'une « compétence liée ». Or, comme l'a souligné un auteur (civiliste), les considérations méthodologiques ne sont pas limitées à un seul domaine juridique. La méthodologie juridique étant partie intégrante de la doctrine générale du droit, ces considérations ont une valeur générale<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> V. sa thèse : *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. P. WEIL, Paris, LGDJ, 1980. Adde du même auteur : Rép. cont. adm., v° Pouvoir discrétionnaire, n° 3 et s. ; « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 45 et s.

<sup>6</sup> Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif, D.E.S., 1949-1950*, Les cours du droit, 1950, p. 429 et s. (cité d'après S. RIALS, Rép. cont. adm., v° Pouvoir discrétionnaire, n° 6).

<sup>7</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 241. Dans le même sens : H. WESTERMANN, *Diskussionsbeitrag, in Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 114.

Cette dernière observation rejoint celle d'un auteur français, ayant consacré sa thèse au pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale, qui a fait observer fort justement que si le pouvoir discrétionnaire est un concept, il n'est pas concevable qu'un même concept puisse, en même temps et sous le même rapport, avoir et n'avoir pas tel caractère qui le fait tel<sup>8</sup>.

**59.** On remarquera qu'en droit administratif, plus qu'en droit civil, les détracteurs d'une définition (large) du pouvoir discrétionnaire (de l'administration) ne manquent pas. Ainsi, M. Rials s'est-il essayé à démontrer que ce n'était pas tant l'indétermination de la norme qui engendrait du pouvoir discrétionnaire que son « indéterminabilité » : « Tant que l'indétermination n'est qu'*a priori* et que la norme demeure "déterminable" par le fait d'une opération intellectuelle adéquate, l'impérativité de la règle implique que le juge (après l'administrateur) fasse cette opération (interprétation). Mais si la règle est non seulement indéterminée *a priori*, mais "indéterminable", si sa mise en œuvre suppose un choix pleinement subjectif, (...) alors naît le pouvoir discrétionnaire »<sup>9</sup>. Autrement dit, l'indétermination ne donnerait lieu qu'à interprétation de la norme ; seule l'indéterminabilité laisserait place à du pouvoir discrétionnaire. Sa thèse se lit comme une annonce de la théorie allemande.

Pour appuyer sa démonstration, il cite notamment Léon Michoud qui avait écrit, à propos des « concepts légaux ayant une certaine imprécision » que : « En théorie, il n'existe *qu'une seule solution exacte* ; toute autre repose sur une erreur d'appréciation. Il s'agit seulement de dégager la véritable règle de droit et de l'appliquer à un fait. La divergence possible des solutions a pour cause unique l'insuffisance, l'incertitude des jugements humains »<sup>10</sup>. C'est dire que les notions indéterminées n'ouvriraient pas la voie au pouvoir discrétionnaire, sauf en cas d'« indéterminabilité ». Pour illustrer l'hypothèse d'« indéterminabilité » de la

---

<sup>8</sup> J.-C. RICCI, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration fiscale*, th. Aix-Marseille 3, 1975 (cité d'après T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, n° 21, p. 360, qui approuve l'analyse de l'auteur en affirmant : « En droit privé, la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond n'est pas parfaitement déterminée. Aussi les nombreuses études faites sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, seront une aide indispensable à l'élaboration de sa *définition, qui ne peut qu'être unique* » (nous soulignons)).

<sup>9</sup> Rép. cont. adm., v° Pouvoir discrétionnaire, n° 12.

<sup>10</sup> L. MICHOD, « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », Rev. gén. admin. sept-déc. 1914, p. 11 et s. (nous soulignons), cité d'après S. RIALS, Rép. cont. adm., v° Pouvoir discrétionnaire, n° 12.



norme, M. Rials donne comme exemple le cas où il n'y aurait aucune règle, de quelque origine que ce soit, à appliquer<sup>11</sup>. Ou encore l'exemple de la règle qui ouvrirait effectivement une « capacité de vouloir librement », une latitude réelle à l'administration. Ce serait le cas notamment lorsqu'elle disposerait : « l'administration *pourra...* », « l'administration fera ceci *ou* cela » etc<sup>12</sup>. On rejoint bien ici la position de la doctrine allemande qui considère qu'il y a pouvoir discrétionnaire à partir du moment où celui qui met en œuvre une règle est contraint de faire des choix pleinement autonomes. Mais la position défendue par M. Rials reste minoritaire.

## **§ 2. L’AFFIRMATION DE L’INTERDÉPENDANCE ENTRE « INDÉTERMINATION » ET « DISCRÉTION » EN DROIT CIVIL**

**60.** En même temps qu'elle pourrait être influencée par les enseignements du droit administratif, la thèse du pouvoir discrétionnaire soutenue par les civilistes peut se rattacher également à une certaine tradition propre au droit civil.

Rappelons que des auteurs comme François Gény utilisaient l'expression de pouvoir discrétionnaire en rapport avec le pouvoir d'interprétation du juge et plus précisément son pouvoir de suppléer les insuffisances des règles de droit (pouvoir créateur du droit)<sup>13</sup>. La libre recherche scientifique ou l'interprétation constructive de la loi étaient perçues comme des manifestations du pouvoir discrétionnaire : l'insuffisance des règles formelles obligerait les magistrats à élaborer de leur propre autorité la solution<sup>14</sup>. On rejoint là l'idée qu'il y a pouvoir discrétionnaire dès le moment où l'acte de juger ne prend plus une forme syllogistique, où le juge doit effectuer un choix, peser le pour et le contre<sup>15</sup>. On serait tenté de dire que si l'on va jusqu'à qualifier le pouvoir d'*interprétation* du juge de « discrétionnaire » dans certains cas, il n'est pas étonnant que le pouvoir d'appréciation conféré délibérément

---

<sup>11</sup> S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 46.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Sur les rapports de la libre recherche scientifique et du pouvoir discrétionnaire, v. F. GENY : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2<sup>d</sup>e éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1954, n° 176 bis.

<sup>14</sup> GENY affirme : « A vrai dire même, on pourrait sérieusement se demander si la libre recherche scientifique est d'une autre nature que le pouvoir discrétionnaire, ou si elle n'en serait pas plutôt une simple application, imparfaitement aperçue jusqu'ici » (*op. cit.*, n° 176 bis, p. 185).

au juge par le biais des lacunes dites *intra-legem* soit lui aussi (*a fortiori*) perçu comme la manifestation du pouvoir discrétionnaire.

Mais la pensée de Gény procédait d'un tout autre raisonnement. L'analogie réalisée entre le pouvoir discrétionnaire et la libre recherche scientifique devait amener l'auteur à conclure que si le pouvoir discrétionnaire du juge dans l'application de la loi était admis, il n'y aurait aucune raison de contester la légitimité d'une recherche libre.

**61.** Ces réflexions faites, l'auteur s'est essayé tout de même à dégager les traits distinctifs du pouvoir discrétionnaire et de la libre recherche scientifique. Il faut bien reconnaître que le sens conféré par Gény à la notion de pouvoir discrétionnaire est difficile à saisir car il l'utilise à plusieurs fins. A certains endroits, l'auteur semble dire qu'il y a libre recherche scientifique lorsqu'on est en présence de « lacunes involontaires » de la loi et pouvoir discrétionnaire lorsqu'on est en présence de « lacunes volontaires de la loi »<sup>16</sup>. Dans le premier cas, le juge procéderait à une *interprétation* du droit positif ; dans le second à une *application* du droit positif, voire une *adaptation* de celui-ci. Pour illustrer l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire, il évoque précisément l'utilisation croissante des notions-cadre, ces « formules élastiques »<sup>17</sup>, caractéristiques selon lui du Code civil allemand de 1896 et du Code civil suisse de 1907<sup>18</sup>.

Selon Gény, la tendance à recourir à des notions-cadre se manifesterait également dans la législation française plus récente. A titre exemplaire, il cite la loi du 27 juillet 1884 venue modifier l'article 310 C. civ. traitant de la conversion de la séparation de corps en divorce. L'exemple choisi est surprenant : l'article en question n'est pas à proprement parler une clause générale ; il ne contient pas non plus de

---

<sup>15</sup> V. en ce sens F. RITTNER, art. préc.

<sup>16</sup> *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2<sup>de</sup> éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1954, p. 75, 188.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>18</sup> Il cite à ce titre les principales clauses générales du BGB, tels que les paragraphes 138 ou 242. Il est intéressant de relever que dans son article intitulé « La Technique législative dans la Codification civile moderne », publié dans le *Livre du centenaire du Code civil*, t. II, où il évoque encore une fois les formules vagues ou larges du BGB, GÉNY n'utilise pas l'expression de « pouvoir discrétionnaire » pour caractériser les pouvoirs du juge, mais parle de « libre appréciation du juge » (v. p. 1027).

notion-cadre. Pour s'en convaincre, rappelons-en la teneur : « Lorsque la séparation de corps aura duré trois ans, le jugement pourra être converti en jugement de divorce, sur la demande formée par l'un des époux (...) ». Il semblerait que ce soit précisément le caractère facultatif du pouvoir du juge (« pourra ») qui fasse dire à GénY que l'article 310 « laissait toute bride ouverte au pouvoir discrétionnaire ». L'exemple choisi par l'auteur est donc particulièrement intéressant parce qu'il démontre la confusion, ou du moins l'assimilation opérée entre notions-cadre et pouvoir d'appréciation en opportunité qui a toujours cours aujourd'hui. C'est ce qui conduit d'ailleurs l'auteur à affirmer que le juge est dans une position beaucoup plus libre lorsqu'il exerce un pouvoir discrétionnaire que lorsqu'il procède à une libre recherche, bien qu'il n'y ait là qu'une « nuance » selon les aveux mêmes de l'auteur. Dans le premier cas, le législateur aurait donné au juge « une sorte de blanc-seing » qui autoriserait « le jugement par des motifs d'utilité ou d'opportunité, qui échappent au cadre rigide de l'ordre juridique proprement dit ». GénY insiste toutefois sur le fait que le pouvoir discrétionnaire ne doit pas être confondu avec le pouvoir arbitraire<sup>19</sup>.

En revanche, la libre recherche scientifique ne serait légitime que si elle s'exerçait sur « des bases scientifiques et par les moyens consacrés à la technique du droit »<sup>20</sup>. Et l'auteur d'expliquer : recherche *scientifique*, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides, que dans les éléments objectifs, que la science peut révéler au juge, recherche *libre* parce qu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive<sup>21</sup>. La référence aux éléments objectifs est importante puisqu'elle vise à démontrer que le juge n'opère pas un choix personnel, subjectif, et par conséquent n'exerce pas un pouvoir arbitraire. Il n'en demeure pas moins que la référence à la *libre* recherche suggère l'idée d'une liberté de choix de l'interprète, accréditant la thèse du pouvoir discrétionnaire<sup>22</sup>. Or, comme l'a relevé à juste titre un auteur, on peut se demander s'il n'y a pas incompatibilité entre les notions de *science*

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 185, 188 (il est intéressant de noter qu'au soutien de cette affirmation, il cite la littérature juridique allemande).

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 188.

<sup>21</sup> F. GENY, *op. cit.*, p. 78.

<sup>22</sup> Rappr. l'observation faite par M. le conseiller ANCEL lors de la discussion suivant l'exposé de BOULANGER sur le « Rôle du juge en cas de silence ou d'insuffisance de la loi », in *Etudes sur le rôle du juge, Travaux du groupe français*, TAHC, t. V, 1949, p. 77 : « On peut dire simplement (...) que les magistrats, lorsqu'ils sont en présence de cas tout à fait nouveaux, ont peut-être une certaine *tendance à utiliser assez largement des théories juridiques à contours un peu flous*. (...) Si le juge en fait usage, c'est précisément parce qu'il veut – lorsqu'il le peut – *user de la marge de discrétion* dans un sens qui lui paraît équitable » (nous soulignons).

et de *liberté*<sup>23</sup>. Si en effet, le juge, une fois découverts les éléments objectifs, doit s'y conformer, on ne voit pas comment il peut le faire en gardant sa liberté<sup>24</sup>. En d'autres termes, cela revient à se demander si, en présence de pareils éléments objectifs, le juge conserve la liberté de choisir la règle elle-même qui commande la décision<sup>25</sup>. Pour certains, le problème de la liberté du juge ne se poserait qu'à défaut de précédents jouissant d'une autorité suffisante<sup>26</sup>. Face à une situation nouvelle, non réglée par la loi, le juge aurait, en logique pure, une liberté de choix<sup>27</sup>. Tantôt le choix du juge serait déterminé par des données propres à l'espèce, tantôt par des considérations tenant aux besoins de l'époque et aux incidences sociales de la décision<sup>28</sup>. Mais cette liberté cesserait pour lui dès lors qu'il aurait opté pour l'une ou l'autre des argumentations<sup>29</sup>.

Si l'on quitte le terrain théorique pour une perspective plus technique, il apparaît que la thèse du pouvoir discrétionnaire est nourrie également par la place prépondérante du critère de contrôle en droit français.

## **SECTION II - UNE ASSOCIATION LIÉE À LA PRÉPONDÉRANCE DU CRITÈRE DE CONTRÔLE DE LA DÉCISION**

**62.** En droit français, une décision, qu'elle soit l'œuvre du juge du fond (§ 1), de l'administration (§ 2) ou d'une partie privée (§ 3) est souvent qualifiée de discrétionnaire lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucun contrôle judiciaire (suprême).

---

<sup>23</sup> V. J. BOULANGER, Rapport général sur « La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire » (compte-rendu), in *La méthode depuis le Code civil de 1804, Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris*, TAHC, t. VI, 1950, p. 63.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> J. BOULANGER, rapport préc., p. 63 et s.

<sup>27</sup> J. BOULANGER, rapport préc., p. 64.

<sup>28</sup> *Ibid.* M. le conseiller ANCEL insiste sur le fait que « le choix du juge n'intervient pas entre n'importe quelles solutions mais entre des solutions juridiquement valables et que, d'autre part, ce choix n'est pas arbitraire, mais qu'il est directement inspiré par des raisons de finalité sociale » : v. *La méthode depuis le Code civil de 1804, Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris*, TAHC, t. VI, 1950, p. 64.

<sup>29</sup> *Ibid.*

## § 1. EXEMPLARITÉ DE LA THÈSE DE GABRIEL MARTY

**63.** Le critère du contrôle opéré par la Cour de cassation pourrait être un élément déterminant de l'association des notions-cadre au pouvoir discrétionnaire du juge, tant la notion de pouvoir discrétionnaire est liée, en droit français, à l'aspect du contrôle exercé par la haute juridiction sur la décision des juges du fond.

Précisons que l'idée de contrôle ne se limite pas ici à l'obligation ou non pour les juges du fond de motiver leur décision, le contrôle exercé par la Cour de cassation pouvant prendre plusieurs formes.

**64.** La thèse de Marty est exemplaire à ce titre : si l'auteur rejette la qualification de pouvoir discrétionnaire au sujet des termes imprécis, et préfère parler d'un « plus large pouvoir d'appréciation du juge »<sup>30</sup>, rejoignant ainsi la solution allemande (v. *infra*), son explication en diffère. En effet, il tire sa conclusion non pas à partir d'un critère conceptuel ou méthodique, comme la démarche intellectuelle adoptée par le juge, mais à partir d'un critère procédural, celui du contrôle opéré par la Cour de cassation : « l'application des règles imprécises, comme celle des règles précises » étant soumise à la censure de la Cour de cassation, le pouvoir du juge ne saurait être qualifié de discrétionnaire<sup>31</sup>. Marty énonce très clairement qu'il entend la notion de pouvoir discrétionnaire dans le sens d'un pouvoir excluant le contrôle de la Cour de cassation, ce qui n'est pas étonnant au regard du sujet qu'il s'est proposé d'étudier.

Or voilà, le droit positif montre que parmi les notions-cadre ou imprécises, il y en a que la Cour de cassation contrôle et d'autres qu'elle ne contrôle pas. Comme il a pu être relevé à une époque, « l'intérêt de la famille » est soumis au contrôle de la Cour suprême alors que pour l'« intérêt de l'enfant », la même juridiction s'en remet au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond<sup>32</sup>. Plus récemment, on a fait observer que si la faute inexcusable ou la faute lourde sont contrôlées, l'appréciation

---

<sup>30</sup> G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Paris, Sirey, 1929, n° 134.

<sup>31</sup> *Ibid.*

<sup>32</sup> Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985, p. 128.

de la faute dans le divorce, du manquement grave aux obligations justifiant la résolution judiciaire du contrat relèvent du pouvoir souverain des juges du fond<sup>33</sup>. Et tout le monde s'accorde à dire qu'il n'y a pas d'explication rationnelle à ce contrôle modulé exercé par la Cour de cassation<sup>34</sup>. En présence de notions légales non définies par le législateur, le juge de cassation est libre de contrôler, ou non, cette qualification<sup>35</sup>. On perçoit ici les limites d'une définition du pouvoir discrétionnaire entièrement tournée vers le critère du contrôle opéré sur la décision du juge du fond.

## § 2. PARALLÉLISME AVEC LE DROIT ADMINISTRATIF

65. Notons que le critère du contrôle opéré par le juge joue un rôle déterminant également dans la définition du pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>36</sup>. Sans pouvoir entrer dans les détails d'un domaine qui dépasse largement le cadre de cette étude, il est intéressant de relever l'existence d'une controverse au sein de la doctrine administrative à propos de la définition du pouvoir discrétionnaire<sup>37</sup>.

Si tout le monde s'accorde pour dire que le pouvoir discrétionnaire trouve sa source dans la norme habilitante qui reconnaît un choix entre plusieurs mesures ou comportements à l'autorité chargée de sa mise en œuvre, les esprits se divisent sur la place du juge dans la définition du pouvoir discrétionnaire.

Une doctrine minoritaire défend une définition exclusivement normative du pouvoir discrétionnaire, en vertu de laquelle la question de l'existence et de l'étendue du pouvoir discrétionnaire ne peut trouver sa réponse que dans la loi<sup>38</sup>.

Le second courant doctrinal, majoritaire, place le juge au centre de sa définition : il soutient que si le pouvoir discrétionnaire est une liberté d'action, seul le pouvoir qui n'est pas contrôlé répond à cette définition<sup>39</sup>. Selon cette dernière

---

<sup>33</sup> X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond » : v. les actes de la conférence du 2 février 2009 tenue à la Cour de cassation sur ce thème, reproduits dans Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009.

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> J. et L. BORÉ, Rép. proc. civ., v° Pourvoi en cassation, n° 343.

<sup>36</sup> V. à titre exemplaire B. PACTEAU, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Discrétionnarité, p. 374 (suivant lequel la discrétionnarité caractériserait le régime de la compétence publique au travers à la fois de l'existence d'un pouvoir d'appréciation inclus en elle et de l'absence de toute vérification ni supervision sur elle).

<sup>37</sup> Celle-ci est retracée de façon très claire par A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 9 et s., 18.

<sup>38</sup> V. les références citées par A. BOUVERESSE, *op. cit.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

définition, la mesure du pouvoir discrétionnaire dépend donc de l'étendue du contrôle juridictionnel.

### **§ 3. PARALLÉLISME AVEC LES DROITS DITS « DISCRÉTIONNAIRES »**

**66.** On peut observer encore le même raisonnement, la même place centrale que tient le critère du contrôle de la décision, dans la définition de ce qu'il est convenu d'appeler les « droits discrétionnaires » du droit privé. Bien qu'il s'agisse ici de prérogatives appartenant aux parties et non au juge, la similarité du raisonnement est frappante.

Tout d'abord, le concept même de « droit discrétionnaire » fait l'objet d'hésitations aussi nombreuses que celui du « pouvoir discrétionnaire ». Il n'est pas clairement déterminé<sup>40</sup>. Le droit discrétionnaire est communément défini comme un droit dont l'exercice ne peut être contrôlé par le juge<sup>41</sup>, dont l'usage abusif ne peut être sanctionné par le juge<sup>42</sup>. Il semble qu'il y ait un lien là aussi entre l'absence de contrôle et le fait que le titulaire du droit n'ait pas à donner de motifs quand il l'exerce, ce qui est particulièrement vrai en droit de la consommation<sup>43</sup>. Les droits discrétionnaires constituent donc une catégorie de droits à l'abri de la théorie de l'abus de droit. En ce sens, ils sont qualifiés également de « droits absolus ». On retrouve la notion de droit discrétionnaire dans la jurisprudence, qui l'utilise parfois de façon explicite<sup>44</sup>, parfois de manière implicite<sup>45</sup>.

---

<sup>40</sup> V. le constat de D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997, p. 92 et s.

<sup>41</sup> L'intitulé du fameux article d'A. ROUAST est évocateur à ce titre : « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD civ. 1944, p. 1.

<sup>42</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1994, n° 773 ; L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, Rép. civ., v° Abus de droit, n° 13 ; *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 9<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, 2011, v° Discrétionnaire : « Se dit du droit d'une personne dans les cas spécifiés où ce droit peut être exercé par son titulaire, en toute liberté, comme bon lui semble, sans que cet exercice soit susceptible d'abus (et donc générateur de responsabilité) ».

<sup>43</sup> Le droit de rétractation du consommateur par ex. est qualifié de discrétionnaire par la doctrine (v. J. CALAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003, n° 105 et 107) au motif que le consommateur qui renvoie l'objet n'a pas à justifier de motifs, ni à payer de pénalité.

<sup>44</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 novembre 2004, Bull. I, n° 297 : (« (...) la faculté de révoquer un testament constitue un droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité ») ; Civ. 2<sup>e</sup>, 25 février 2010, Bull. II, n° 43, à propos de la faculté de renonciation en matière d'assurances : « (...) l'exercice de cette faculté est discrétionnaire pour l'assuré dont la bonne foi n'est pas requise ».

<sup>45</sup> A propos du droit de l'acheteur, en cas de vice caché, d'opter entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire, la Cour de cassation juge de façon constante que « l'acheteur n'a pas à justifier des motifs du choix

67. Cette définition posée, les auteurs s'empresent généralement de dire que la liste de ces droits « discrétionnaires » ou « absolus » est incertaine, toujours sujette à révision<sup>46</sup>. Cette liste est d'ailleurs en perpétuelle régression, si bien que certains comparent cette catégorie de droits à une espèce en voie de disparition<sup>47</sup>. Le caractère évolutif, variable du contrôle judiciaire opéré sur ces droits rend difficile toute délimitation de cette catégorie de droits. On a vu que c'était aussi l'une des faiblesses du concept du *pouvoir* discrétionnaire, tel qu'il prévaut actuellement en droit français.

Aussi n'est-il pas étonnant que la doctrine ait préféré chercher le fondement (substantiel) du caractère discrétionnaire de certains droits, afin de délimiter plus sûrement et plus précisément cette catégorie<sup>48</sup>. La démarche est intéressante car elle pourrait suggérer l'abandon d'une approche purement procédurale pour caractériser le pouvoir discrétionnaire également. Il faut avouer cependant que les tentatives visant à trouver un critère de distinction, quoique peu nombreuses, n'ont pas réussi à convaincre et à s'imposer, au point qu'on affirme aujourd'hui qu'« aucun critère réellement pertinent des droits discrétionnaires n'a jamais pu être présenté »<sup>49</sup>. Si ingénieux soient-ils, les divers critères proposés ne sont par ailleurs d'aucun secours pour le concept du pouvoir discrétionnaire, qui nous intéresse dans cette étude. Il n'est donc pas utile de s'arrêter ici sur les principales propositions<sup>50</sup>. Nous retiendrons simplement la démarche des auteurs consistant à abandonner le critère du contrôle judiciaire au profit de critères plus substantiels. Pour certains, l'échec de ces tentatives d'explication s'expliquerait par le fait qu'elles s'efforceraient à donner un

qu'il fait entre les options qu'offre l'article 1644 du Code civil » (v. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1980, Bull. I, n° 185).

<sup>46</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1994, n° 773.

<sup>47</sup> Une telle affirmation s'est vue confortée par Civ. 3<sup>e</sup>, 2 février 2005, Bull. III, n° 24, duquel il ressort que « le caractère discrétionnaire [du droit] est limité par un éventuel abus de droit ».

<sup>48</sup> Cette approche plus substantielle, qui s'écarte du critère du contrôle, est parfaitement décrite par J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1994, n° 773 et 774.

<sup>49</sup> L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, *Rép. civ.*, v° Abus de droit, n° 13.

<sup>50</sup> Notons simplement que le premier critère, proposé par JOSSERAND, consistait dans le degré de précision du contour des droits : l'idée était de dire que plus les contours sont définis, moins le risque d'abus est grand ; ainsi, les pouvoirs aussi rigoureusement définis pourraient être exercés souverainement (pour plus de détails, v. J. GHESTIN, G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1994, n° 774). Il s'agit là en quelque sorte de l'inverse de la thèse de MARTY à propos du pouvoir discrétionnaire (ce dernier considère en effet que pour que le pouvoir discrétionnaire existe, il faudrait que la loi n'ait vraiment donné aucune indication quant au but ou la façon dont le juge doit faire usage du pouvoir qui lui est reconnu : v. thèse préc., p. 271). Une autre explication, avancée par RIPERT, consistait à dire que certains droits seraient « arbitraires », parce que leur mise en œuvre



fondement unitaire du caractère discrétionnaire de certains droits, alors que les justifications seraient en réalité multiples<sup>51</sup>. Remarquons que les auteurs ayant proposé des critères multiples<sup>52</sup>, voire une approche au cas par cas<sup>53</sup> n'ont pas eu davantage de succès. Le critère du contrôle judiciaire reste donc bien vivant et prépondérant pour définir les droits dits discrétionnaires.

#### § 4. SYNTHÈSE : L' « IMPASSE » SUBSÉQUENTE

68. En somme donc, l'absence de contrôle effectué par la haute juridiction sur l'application, par les juges du fond, de certaines notions-cadre, vient accréditer la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que ce critère n'était pas toujours un bon indicateur. En effet, l'étendue du contrôle peut varier avec le temps, en fonction de considérations politico-juridiques. Une absence de contrôle ne signifie donc nullement que le contrôle soit exclu.

Malgré son utilité certaine, le critère du contrôle de la décision conduit bien souvent les auteurs dans une impasse, surtout ceux qui envisagent les notions indéterminées pour elles-mêmes et non principalement dans la perspective de la cassation. La thèse de Philippe Coet sur les notions-cadre dans le Code civil est exemplaire à ce titre<sup>54</sup>.

Au début de son étude, l'auteur pressent bien la différence qui existe entre le pouvoir discrétionnaire, marqué le plus souvent par le verbe « pouvoir », conférant une faculté au juge (il donne l'exemple des délais de grâce de l'art. 1244-1 C. civ.) et

---

supposerait, de la part de leur titulaire, une appréciation personnelle qu'aucun juge ne serait en mesure de contrôler ( J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 774).

<sup>51</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *ibid.*

<sup>52</sup> C'est le cas de ROUAST : « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTD civ. 1944, p. 1 et s. Pour un résumé de sa proposition, v. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 774.

<sup>53</sup> En ce sens : D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997, p. 92 et s. Pour l'auteur, l'explication théorique résiderait en ce que la catégorie des droits discrétionnaires reposerait sur le postulat que, dans certains cas, par hypothèse exceptionnels, il serait utile de neutraliser la théorie de l'abus de droit et par là-même le souci d'équité. Et l'auteur de préciser que la question se poserait individuellement pour chacun des droits discrétionnaires. V. toutefois la critique de L. CADIET, Ph. LE TOURNEAU, Rép. civ., v° Abus de droit, n° 14.

<sup>54</sup> Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985.

le pouvoir normatif du juge qui découle de l'emploi de notions-cadre<sup>55</sup> puisqu'il affirme que ce pouvoir normatif doit être différencié du pouvoir discrétionnaire qui par essence est insusceptible de limitation, le juge étant totalement libre dans l'élaboration et dans la motivation de la décision<sup>56</sup>.

Par la suite toutefois, cette intuition première est écartée. L'auteur voit des parallèles importants entre les pouvoirs du juge découlant des notions-cadre et le pouvoir d'opportunité de l'administration. Il considère que certaines notions-cadre peuvent ériger le juge en juge de l'opportunité, le conduire à arbitrer les intérêts en présence, tout en sachant que sa décision intéresse l'avenir<sup>57</sup>. Pour autant, l'auteur ne peut se résoudre à assimiler ce pouvoir de juger en opportunité avec le pouvoir discrétionnaire car le juge n'est pas dispensé de motiver sa décision<sup>58</sup>. Au final, l'auteur en conclut que « *Le potentiel des lacunes intra-legem ne se laisse pas réduire à un autre pouvoir connu*. Il est plus vaste que le pouvoir de qualification dans lequel on le circonscrit souvent. Il n'intéresse pas seulement le fait mais aussi le droit à la différence du pouvoir d'appréciation. Il est toujours subordonné à la loi – puisqu'il y trouve son origine – et par conséquent est moins libre que le pouvoir d'interprétation. Le potentiel des lacunes intra-legem est également proche du pouvoir discrétionnaire, mais il se différencie de lui par des exigences de motivation, mais il s'apparente au pouvoir d'opportunité de l'administration par l'importance du futur dans la décision prise »<sup>59</sup>.

La conclusion est significative de la difficulté éprouvée par la doctrine française à caractériser précisément la nature des pouvoirs du juge lorsque ce dernier est amené à appliquer des notions juridiques indéterminées. Si elle laisse en définitive ouverte la qualification des pouvoirs du juge en présence de notions-cadre, l'étude réalisée par Coet a le mérite de dissocier clairement le pouvoir discrétionnaire du pouvoir arbitraire. L'auteur énonce en effet qu'« il est important d'insister sur la différence, le premier est prévu par la loi et le second n'a d'autre fondement que la malignité de l'homme. En outre le pouvoir discrétionnaire n'est qu'une liberté

---

<sup>55</sup> L'auteur explique très justement que face à des notions-cadre, le juge doit définir la règle juridique avant de l'appliquer et que ce faisant, il crée le droit, tout en précisant que ce pouvoir créateur n'est pas libre : thèse préc., p. 18.

<sup>56</sup> Ph. COET, *op. cit.*, p. 17 et s.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 139.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 134 et 140 (« Pourtant, il [le juge] n'exerce pas de façon discrétionnaire son pouvoir d'opportunité »).

accordée au juge pour satisfaire un idéal de justice, tandis que le pouvoir arbitraire est une porte ouverte au hasard et aux fantaisies d'un homme »<sup>60</sup>. Plus concrètement, il ajoute que les notions-cadre ne sont pas une invitation à la fantaisie et à l'arbitraire<sup>61</sup> : il relève à ce titre que la liberté du juge est entravée par des garanties légales, telle la garantie de la collégialité, de l'appel, du recours en cassation, et de l'obligation de motiver ses décisions<sup>62</sup>. La précision est importante au vu de l'assimilation fréquente du pouvoir discrétionnaire et du pouvoir arbitraire en droit français.

---

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>61</sup> Notons que l'auteur distingue le risque d'arbitraire du subjectivisme (v. *op. cit.*, p. 300) qu'il estime plus réel.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 298.

## CHAPITRE II - L'ASSOCIATION DES NOTIONS-CADRE AU POUVOIR ARBITRAIRE DU JUGE

**69.** Force est de constater en effet que la doctrine française effectue bien souvent un amalgame entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire. Bien souvent, les adjectifs discrétionnaire et arbitraire sont utilisés comme synonymes<sup>63</sup>. Nombreux sont les auteurs qui considèrent qu'en présence de notions-cadre ou standards, le juge dispose d'un pouvoir arbitraire. Ici, se fait sentir très nettement le poids de notre histoire, ancrée dans la mémoire collective (section I). C'est si vrai que l'association effectuée entre notion-cadre et pouvoir arbitraire du juge a toujours cours aujourd'hui (section II).

### SECTION I - LE POIDS DE L'HISTOIRE

**70.** La notion de pouvoir arbitraire a connu une évolution intéressante : d'un terme neutre, renvoyant au pouvoir d'appréciation du juge, on est passé à une connotation péjorative où « arbitraire » rime avec excès, abus, injustice (§ 1). Cet arbitraire tant décrié au moment de la Révolution visait avant tout « l'équité arbitraire » des anciens Parlements, l'une des prérogatives des cours souveraines les plus contestées (§ 2).

#### § 1. EVOLUTION DE LA NOTION DE POUVOIR ARBITRAIRE

**71.** C'est sans aucun doute la matière du droit pénal qui est la plus instructive sur l'évolution qu'a connue la notion d'arbitraire. Comme l'a retracé un auteur, la mise en place des monarchies modernes s'était traduite, sur le plan judiciaire, par le principe d'arbitraire, qui laissait au juge une *liberté d'appréciation* quant à la qualification du crime, l'interprétation de la loi ou la détermination de la peine, *lui*

---

<sup>63</sup> De même, les « droits discrétionnaires » sont parfois qualifiés de « droits arbitraires » : v. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1949, n° 100.

*permettant par là de prendre en compte la diversité des circonstances*<sup>64</sup>. A partir du XVI<sup>e</sup> siècle, l'*arbitrium judicis* est devenu « l'un des principes de base de la justice pénale »<sup>65</sup>. Les juges se voyaient reconnaître le droit d'« arbitrer » la peine, c'est-à-dire de la choisir en fonction des circonstances de l'espèce<sup>66</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, ce principe, devenu traditionnel, fut remis en cause et on lui substitua celui de la *légalité de la peine*, qui, faisant de toute peine la stricte application de la loi, limite au maximum les capacités d'appréciation du juge<sup>67</sup>. Depuis lors, le pouvoir d'appréciation est envisagé par opposition au système légaliste : en effet, la légalité s'est constituée comme un contre-pouvoir à l'arbitraire avec cette tendance à évacuer tout pouvoir d'appréciation<sup>68</sup>. C'est précisément au moment où les concepts politiques et juridiques ont commencé à évoluer que l'acception du mot arbitraire a changé également, prenant alors une connotation négative<sup>69</sup>.

Ainsi que le souligne Bernard Schnapper, le terme d'arbitraire désigna longtemps et avec faveur le pouvoir d'appréciation du juge<sup>70</sup>. « Appliqué au choix de la peine, le principe de l'arbitraire permettait de tenir pleinement compte de la personnalité du coupable, de sa malice et des circonstances (...) »<sup>71</sup>. Comme le traduit un auteur, l'arbitraire du juge ne le livrait pas à son caprice, mais lui donnait simplement sur l'échelle des peines en vigueur le libre choix de celle qui lui paraissait correspondre le mieux à la répression qui était visée<sup>72</sup>. On considérait que cette flexibilité servait à la fois la justice (morale) et l'efficacité de la répression. Encore une fois, celle-ci n'était pas sans limite : le droit d'arbitrer la sanction « s'exerçait dans un cadre précis, délimité d'abord par la raison et l'équité, ensuite

<sup>64</sup> C. LARRÈRE, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », in *Beccaria et la culture juridique des Lumières. Etudes historiques éditées et présentées par Michel PORRET*, Genève, Droz, 1997, p. 89 (nous soulignons).

<sup>65</sup> J. LÉBLOIS-HAPPE, J.-Cl. Pénal, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20, n° 4.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> C. LARRÈRE, *op. cit.*

<sup>68</sup> V. T. BARTHOUIL, « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, n° 10, p. 353 et les références citées.

<sup>69</sup> B. SCHNAPPER, *Les peines arbitraires du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle (doctrines savantes et usages français)*, Paris, (diff.) LGDJ, 1974, p. 1.

<sup>70</sup> *Ibid.* L'article de SCHNAPPER est qualifié d'essentiel par J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001, n° 19, qui note dans le même temps que le thème de l'arbitraire du juge a été souvent mal traduit.

<sup>71</sup> B. SCHNAPPER, *ibid.*

<sup>72</sup> J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001, n° 17.

par les coutumes et les usages des cours, enfin et à des degrés variables selon les juridictions, par la législation royale »<sup>73</sup>. Mais en même temps que la Révolution substitue le règne de la loi à l'arbitraire du juge, s'opère un glissement sémantique qui a facilité la critique de la pratique antérieure : « D'un terme neutre, renvoyant à l'*arbitrium*, c'est-à-dire à la capacité de juger, ou de décider, et qui pouvait être employé avec faveur, on est passé à une connotation péjorative, où "arbitraire" signifie l'excès, l'abus, l'injustice »<sup>74</sup>.

72. Les thèses de Beccaria sont exemplaires à ce titre : en même temps qu'il oppose arbitraire et légalité, il qualifie les juges usant de leur arbitraire de « petits tyrans »<sup>75</sup>. Comme l'explique un auteur, c'est l'adaptation de la loi au cas d'espèce, le raisonnement par analogie, l'appréciation souveraine des circonstances atténuantes ou aggravantes dans les procès criminels, c'est-à-dire l'arbitrage entre la loi et le justiciable, que, dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, les pénalistes convaincus par les théories de Beccaria stigmatisent sous le vocable spécieux d'arbitraire, et auquel le Droit de la période révolutionnaire substituera le système de la peine fixe<sup>76</sup>. Au point que « suivre la critique de l'arbitraire et la justification du principe de légalité chez Beccaria, c'est parcourir le champ sémantique de l'arbitraire, de la capacité de juger à la dénonciation de la tyrannie »<sup>77</sup>. Certains n'hésitent donc pas à parler d'un « sens dévié » que l'expression « arbitraire du juge » a pris à la fin de l'Ancien Régime, rimant avec « bon plaisir »<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> V. J. LEBLOIS-HAPPE, J.-Cl. Pénal, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20, n° 4 et les références citées.

<sup>74</sup> C. LARRÈRE, « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », in *Beccaria et la culture juridique des Lumières. Etudes historiques éditées et présentées par Michel PORRET*, Genève, Droz, 1997, p. 89.

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> A. MARTIN-LEBIGRE, « Juger dans la France moderne », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 160. Ainsi qu'il a été relevé, avec le Code pénal de 1791, adopté dans la foulée de la DDHC de 1789, le juge avait perdu tout pouvoir de modulation ; il était devenu « une simple machine à appliquer un tarif » : v. J. LEBLOIS-HAPPE, J.-Cl. Pénal, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20, n° 5 et les références citées.

<sup>77</sup> A. MARTIN-LEBIGRE, *ibid.*

<sup>78</sup> J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001, n° 159. Comp. *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, *op. cit.*, v° Arbitraire : (adj.) : « Péjorativement, caractère injuste d'une décision (...) qui n'est pas conforme aux règles de la raison ou d'une morale ; (subst.) : « Pouvoir absolu dont les décisions ne sont soumises qu'aux caprices de ses détenteurs » (synonyme de *despotisme*). Est significative également des deux sens attribués à la notion d'arbitraire, la remarque formulée par R. SALEILLES dans son ouvrage intitulé *L'individualisation de la peine*, Paris, Félix Alcan, 1898, p. 203 et s. : « Déjà aujourd'hui, c'est l'arbitraire, si l'on entend cela non pas d'une justice inégale et partielle, mais d'une justice livrée à elle-même sans criterium légal ».

Le droit civil n'est pas resté insensible à ces thèses. Certaines études considèrent que c'est surtout sous l'influence de Beccaria que l'idée de transformer le juge en « véritable automate » s'est développée<sup>79</sup>.

**73.** Les travaux préparatoires du Code civil sont révélateurs à ce titre. La conception dominante au moment de la codification associait bien notions vagues, indéterminées, à l'arbitraire du juge. En témoignent plusieurs passages des travaux préparatoires du Code civil où le terme « arbitraire » revient incessamment<sup>80</sup> : « Supprimer ces mots, à moins qu'il ne soit trop modique, comme ramenant l'arbitraire »<sup>81</sup> ; « Le mot à peu près jètera nécessairement beaucoup d'incertitude et d'arbitraire dans l'application de la loi »<sup>82</sup> ; « La présomption de survie déterminée par les circonstances du fait est une disposition vague, et qui offre un champ trop vaste aux contestations et à l'arbitraire »<sup>83</sup>, etc. Replacée dans son contexte, l'association n'est pas surprenante : en effet, l'idéal legaliste est né en réaction à « l'équité arbitraire » des Parlements<sup>84</sup> de l'Ancien Régime dont Dieu même devait nous garder<sup>85</sup>. Le problème politique auquel répondait, à son heure, le Code civil des Français, était en premier lieu le pouvoir du juge<sup>86</sup>. C'est par le cantonnement du pouvoir judiciaire qu'on devait parvenir à la démocratisation du droit, qui de secret et arbitraire, devenait prévisible et accessible<sup>87</sup>. Ainsi, si l'arbitraire du juge avait été l'opprobre des Parlements, il devait être définitivement éradiqué avec la législation révolutionnaire puis avec le Code Napoléon<sup>88</sup>. « On souhaitait avec ferveur que le droit ne soit jamais plus une émanation des caprices du juge ni le résultat d'une toquade judiciaire. (...) Il fallait brimer quelque peu les juges, les déshabituer de

<sup>79</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 196, note 5 (avec d'autres références).

<sup>80</sup> Les exemples sont repris de la thèse de V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 198, note 15.

<sup>81</sup> Observations du tribunal (d'appel) d'Agen, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. III, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 8.

<sup>82</sup> Observations du tribunal (d'appel) d'Orléans, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. V, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 57.

<sup>83</sup> Observations du tribunal (d'appel) de Rouen, in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. V, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 474.

<sup>84</sup> « C'est au sens médiéval qu'il faut entendre le terme, celui d'*assemblée où l'on délibère*, tout d'abord, puis de *session judiciaire de la "Curia regis"*, ensuite d'*assises judiciaires de la "Curia"* » : J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001, n° 28.

<sup>85</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 196.

<sup>86</sup> H. MUIR WATT, « Observations comparatives sur le Code civil », in *Actes du colloque de Strasbourg*, Palais de l'Europe, 21 et 22 octobre 2004, sur « Le Code civil et l'Europe : influences & modernité », p. 23.

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 198.

leurs mauvais penchants et assurer la sécurité juridique. Mais pour cela, en plus du référé législatif (qui sera conservé jusqu'en 1837)<sup>89</sup>, de l'obligation de motiver et de l'interdiction des arrêts de règlement, il fallait placer des repères auxquels ils puissent se tenir. Ce fut la mission d'un certain nombre de techniques législatives [de précision<sup>90</sup>] qui furent déployées afin de diriger le juge et d'anéantir l'arbitraire de ses jugements »<sup>91</sup>.

Reste à déterminer en quoi consistait précisément cette « équité arbitraire » des anciens Parlements. Car à suivre une étude, l'équité ne se confondait nullement avec l'arbitraire<sup>92</sup>.

## § 2. L' « ÉQUITÉ ARBITRAIRE » DES ANCIENS PARLEMENTS

**74.** L'expression d' « équité arbitraire » des Parlements est significative du fait que parmi les prérogatives que revendiquaient les cours souveraines de l'ancienne France<sup>93</sup>, une des plus controversées par la suite<sup>94</sup>, fut leur pouvoir de juger en équité.

La notion d'équité est en elle-même un de ces concepts vagues, à résonance morale, qu'il est difficile de définir<sup>95</sup>. Son appréhension est d'autant plus difficile qu'elle est un conglomérat de divers legs historiques et que les juristes l'utilisent bien

<sup>89</sup> Notons qu'un tel procédé (« Vorlagepflicht ») était prévu également dans le Code général des Etats prussiens de 1794 : v. G. HAGER, *Rechtsmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 2. Kap., n° 18 (avec d'autres références).

<sup>90</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 196 : « (...) la précision de la loi permet aussi d'assujettir le juge ».

<sup>91</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 198.

<sup>92</sup> G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 259.

<sup>93</sup> Rappelons que les Parlements coiffaient la hiérarchie de la justice déléguée. Le Parlement jugeait « au souverain » par la fiction de la présence permanente du roi, d'où l'utilisation du titre de cour souveraine. Sur ces aspects, v. L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, v° Parlements (étude réalisée par J. HILAIRE). Sur la composition et le fonctionnement des Parlements, v. L. BÉLY (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Quadriga, PUF, 2006, v° Parlements.

<sup>94</sup> Bien entendu et comme il a été relevé, « Le danger était connu hors des frontières du royaume dès la première moitié du XVI<sup>e</sup> siècle. Quand François I<sup>er</sup> eut conquis la Savoie et s'apprêta à instituer, en 1536, une Cour de parlement à Chambéry, les députés de la province conquise, entre autres requêtes, demandèrent qu'il fût expressément interdit à la nouvelle juridiction de statuer en équité, pour éviter la complète subversion du droit et des coutumes de leur pays » : F. NIVET, « Equité et égalité », in *Justice et Equité*, rev. *Justices* n° 9, 1998, p. 161.

<sup>95</sup> Ch. ALBIGES, Rép. civ., v° Equité, n° 29. Rapp. E. KAUFMANN, *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte*, v° Billigkeit : « Der Begriff teilt mit anderen obersten Rechtsbegriffen die große Breite und eine – auch emotional bedingte – Ungenauigkeit. Auf dieser Bedeutungsbreite beruht die weitgehende Austauschbarkeit oberster Rechtsbegriffe untereinander, welche eine genaue Definition im philosophischen Sinne sowie die historische Deutung und konkrete Einordnung schwierig macht » (cité d'après C. SCHOTT,



souvent de façon indifférenciée. Au XVIII<sup>e</sup> siècle, elle renvoie tantôt à l'idée de justice, tantôt au droit naturel<sup>96</sup>, et fréquemment aussi à l'idée d'arbitraire, au « bon plaisir »<sup>97</sup>. En dépit des multiples définitions dont elle fait l'objet, on lui prête généralement deux significations distinctes. Dans une acception objective, l'équité est considérée comme créatrice d'un système de règles de droit parallèle au droit positif en vigueur, d'où son appellation d'équité générale ou normative<sup>98</sup> (A). Dans une acception subjective cette fois, l'équité est supposée n'intervenir que pour un cas ponctuel, en fonction des impératifs de ce cas, d'où l'expression d'équité individuelle, particulière ou judiciaire<sup>99</sup> (B). L'activité des Parlements participait sans aucun doute de ces deux mouvements.

### A. L'ÉQUITÉ « GÉNÉRALE »

75. L'équité dite générale a fait l'objet de deux lectures distinctes : certains y ont vu une remise en cause du primat de la loi (1), d'autres un corollaire nécessaire à l'obéissance à la loi (2). Il faudra faire la synthèse des deux (3).

---

“*Rechtsgrundsätze*” und *Gesetzeskorrektur*, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 9, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 59, note 163).

<sup>96</sup> Comp. J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 474 : « Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. *L'équité est le retour à la loi naturelle*, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » (nous soulignons).

<sup>97</sup> C. SCHOTT, “*Rechtsgrundsätze*” und *Gesetzeskorrektur*, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 9, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 64 et s.

<sup>98</sup> Ch. ALBIGES, Rép. civ., v<sup>o</sup> Equité, n<sup>o</sup> 34. V. également B. JEANNEAU, « Le traitement de l'équité en droit français », in *Etudes de droit contemporain*, préf. F. TERRÉ, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, XXXIII, VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé Pescara, Paris, éd. de l'Épargne, 1970, p. 24.

<sup>99</sup> Ch. ALBIGES, Rép. civ., v<sup>o</sup> Equité, n<sup>o</sup> 34 ; B. JEANNEAU, *op. cit.*, p. 22. Comp. F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1954, n<sup>o</sup> 163, qui retient lui aussi une double signification de la notion d'équité, quoique distincte au niveau de la première proposition : « Ou bien, c'est une sorte d'instinct, qui, sans faire appel à la *raison raisonnante*, va, de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation. Ou bien, c'est, en vue de l'adaptation aux faits de l'idée de justice, la considération des circonstances individuelles, prenant le pas sur les idées générales, ou les modelant à la mesure des éléments concrets ». Comp. également J. ESSER, « Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht », in *Summum Ius Summa Iniuria*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 29 et s., qui retient deux significations principales : d'un côté, l'équité comprise comme la justice naturelle par opposition au droit positif et de l'autre l'*epeikeia* au sens aristotélicien du terme, c'est-à-dire la correction immanente du *dikaion*.

## ***1. Première lecture : une remise en cause du primat de la loi***

76. Ainsi que l'écrit un auteur, une des conséquences induites par une notion de souveraineté si profondément ancrée chez la plupart des magistrats de l'ordre judiciaire, et qui paraît avoir joué un rôle déterminant dans l'exercice de la justice en France, du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle, était le rapport ambigu qu'ils entretenaient avec la norme. De cette ambiguïté, les juges n'étaient pas entièrement responsables, même s'ils ne se privèrent guère de l'exploiter : en effet, « à eux de s'y retrouver dans une mosaïque de règles disparates, d'origines variées et d'époques différentes, parfois contradictoires, souvent imprécises, et qui, malgré leur abondance, ne suffirent pas toujours à éclairer leur opinion »<sup>100</sup>. Confrontés à ce manque de cohésion et à ces carences, les juges des cours souveraines se sont attribué de larges pouvoirs à l'égard de la norme quitte à rivaliser avec le législateur royal lui-même<sup>101</sup>. C'est dire combien les Parlements ont joué un rôle de premier plan dans la création du Droit<sup>102</sup>.

A plusieurs reprises, les Parlements ont créé des institutions nouvelles, au nom de l'équité, au mépris de coutumes ou d'ordonnances, montrant ainsi la liberté qu'ils prirent avec le droit positif<sup>103</sup>. Les arrêts en équité jouèrent longtemps un rôle utile d'adaptation du droit commun aux contingences locales<sup>104</sup>. C'est ce qui a fait dire que l'équité ne se confondait pas avec l'arbitraire : « (...) certaines considérations d'équité appliquées à des espèces concrètes identiques avaient inspiré des décisions judiciaires assez nombreuses pour constituer de véritables coutumes jurisprudentielles, se substituant aux dispositions de la loi écrite »<sup>105</sup>. Autrement dit, « elle [l'équité] correspondait à un certain nombre de principes d'application délicate,

---

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> A. MARTIN-LEBIGRE, *op. cit.*, p. 158.

<sup>102</sup> A. MARTIN-LEBIGRE, *op. cit.*, p. 158 ; dans le même sens : G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 257 et s.

<sup>103</sup> V. l'étude de G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 260 et s. L'auteur donne comme exemple une série de décisions qui consacrent la légitime de grâce au profit de la mère alors que la coutume de Toulouse ne consacrait aucun droit successoral de la mère dans la succession de son fils ou encore l'établissement d'une nouvelle institution, celle du rabatement de décret. Cette procédure permettait aux débiteurs de faire rescinder la vente, « rabattre le décret », et reprendre l'immeuble dont ils avaient été expropriés, au mépris des ordonnances de 1539 et 1551 qui avaient organisé le « décret », c'est-à-dire la vente forcée des immeubles du débiteur pour permettre aux créanciers de se payer sur le prix.

<sup>104</sup> J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001, n° 30, p. 63, note 1 ; G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 264.

mais suffisamment définis pour qu'elle pût être considérée comme une source du droit non écrit à côté de la coutume »<sup>106</sup>. Ces considérations n'ont toutefois pas empêché qu'on écrive : « Sans doute, il faut y voir, non des règles précises, mais des directives dont l'application comportait une *marge d'imprécision*, et par suite, *d'arbitraire* »<sup>107</sup>. Nous y revoilà donc : l'arbitraire considéré comme consubstantiel à l'imprécision d'une règle.

77. Cependant, l'enseignement principal n'est pas là : la qualification d'arbitraire est ici repoussée parce que la répétition de certaines solutions conférait une certaine prévisibilité à la décision des juges. La liberté d'interprétation ainsi caractérisée conduisait à des règles nouvelles devenant progressivement de véritables normes. Il n'empêche que le moteur de cette interprétation novatrice résidait dans des considérations d'équité, entendue comme un assouplissement du droit. Comme l'exprime un auteur, les nouvelles institutions créées par les Parlements visaient à corriger un état de droit trop rigoureux : « Nous trouvons là l'équité dans sa fonction essentielle qui est de modérer les conséquences excessives qu'entraînerait l'application littérale de la loi »<sup>108</sup>. Il en ressort que l'équité des Parlements était entendue comme une méthode d'interprétation d'une loi trop rigoureuse ou lacunaire, adaptée aux circonstances concrètes<sup>109</sup>. On rejoint là l'équité au sens aristotélicien du terme, c'est-à-dire une force qui corrige les éléments d'injustice du droit strict<sup>110</sup>. Mais là où Aristote ne prévoit le recours à l'équité qu'au cas où « le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplicité »<sup>111</sup>, c'est-à-dire en cas de

<sup>105</sup> G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 260.

<sup>106</sup> G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 259.

<sup>107</sup> G. BOYER, *op. cit.*, p. 282 (nous soulignons).

<sup>108</sup> G. BOYER, *op. cit.*, p. 261 et s.

<sup>109</sup> Sur le classement de l'équité dans la doctrine de l'interprétation de la loi, v. C. SCHOTT, « *Rechtsgrundsätze* » und *Gesetzeskorrektur*, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 9, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, chapitre X. [Billigkeit und Interpretation]. Sur l'interprétation comme forme de désobéissance, on peut citer aujourd'hui J. CARBONNIER qui considère que si l'application de la loi est essentiellement respect de la loi, son interprétation flirte avec « la forme intellectuelle de la désobéissance » (cité d'après P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 2011, n° 110).

<sup>110</sup> Selon la formule employée par R. A. NEWMAN, « La nature de l'équité en "droit civil" », RIDC 1964, p. 289 et s. Pour ARISTOTE, « la nature de l'équité, c'est précisément de redresser la loi là où elle se trompe, à cause de la formule générale qu'elle doit prendre » (Éthique à Nicomaque, 1992, LGF, p. 231, cité par Ch. ALBIGES, Rép. civ., v° Équité, n° 1).

<sup>111</sup> ARISTOTE, Éthique à Nicomaque, L. V, Chap. 14 : le juste légal n'est pas le juste absolu car la loi « ne prend en considération que les cas les plus fréquents, sans ignorer d'ailleurs les erreurs que cela peut entraîner. (...) La loi est toujours quelque chose de général (alors que) la matière des choses de l'ordre pratique revêt un caractère d'irrégularité. Quand, par suite, la loi pose une règle générale, et que là-dessus survient un cas

lacune de la loi<sup>112</sup>, les études révèlent que les Parlements y avaient recours alors même que la loi (royale) était claire et précise. D'aucuns considèrent que le pouvoir des cours souveraines de juger en équité renvoyait à la faculté de s'écarter dans leurs jugements de la rigueur de la loi, *quoique sa décision fût claire et précise*, lorsque de justes raisons paraissaient l'exiger<sup>113</sup>. En témoignent les écrits du Chancelier d'Aguesseau qui rappela les magistrats au respect de la loi royale<sup>114</sup>. Pour certains, c'est dire combien l'équité servait les ambitions politiques des gens de robe<sup>115</sup>.

---

d'espèce en dehors de la règle générale, on est alors en droit, là où le législateur a omis de prévoir le cas et a péché par excès de simplicité, de corriger l'omission et de se faire l'interprète de ce qu'eût dit le législateur lui-même s'il avait été présent à ce moment, et de ce qu'il aurait porté dans sa loi s'il avait connu le cas d'espèce en question. (...) Telle est la nature de l'équitable : c'est d'être un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité » (cité d'après Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil*, Introduction générale, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 34, note 139). Comme le relève une étude, Ph. RAYNAUD a observé à juste titre que le nomothète tient dans la philosophie politique aristotélicienne une place supérieure à celle du juge ; et même si l'équité est considérée comme supérieure au juste légal, "l'analyse de l'équité confirme l'autorité supérieure de la loi". En effet, il appartient au juge équitable de juger conformément à la loi et de corriger équitablement la loi qui ne s'applique qu'imparfaitement à certains cas particuliers, "en restant fidèle à l'esprit du législateur" : C. CORDELL PARIS, « Le juste, le juge et l'arbitre dans la philosophie politique aristotélicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2-2010, p. 22. Selon l'auteur, les analyses portant sur l'équité ont pour effet de tempérer l'idée selon laquelle le juge serait en lui-même « une justice vivante », le jugement équitable du juge dépendant essentiellement des lois établies par le législateur prudent. C'est à tort que certaines réflexions contemporaines sur l'équité tendraient à voir en elle un principe d'émancipation par rapport à la loi, de sorte que l'équité devienne une source du droit indépendante, voire « auto-organisante ») (*ibid.*, p. 28).

<sup>112</sup> V. dans le même sens M. RÜMELIN, *Die Billigkeit im Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1921, p. 26.

<sup>113</sup> G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 257 (nous soulignons).

<sup>114</sup> « C'est en vain que pour déguiser leur révolte contre la Règle, (les magistrats) osent quelquefois combattre la Justice sous le voile spécieux de l'équité. Premier objet du Législateur, dépositaire de son esprit, compagne inséparable de la loi, l'Équité ne peut jamais être contraire à la loi même. Tout se qui blesse cette équité, véritable source de toutes les loix, ne résiste pas moins à la justice : le législateur l'aurait condamné, s'il avait pu prévoir ; et si le Magistrat qui est la loi vivante, peut suppléer alors au silence de la loi morte, ce n'est pas pour combattre la règle, c'est au contraire pour l'accomplir plus parfaitement. Mais cette espèce d'équité qui n'est autre chose que l'esprit même de la loi, n'est pas celle dont le Magistrat ambitieux se déclare le défenseur ; il veut établir sa domination, et c'est pour cela qu'il appelle à son secours cette équité arbitraire dont la commode flexibilité reçoit aisément toutes les impressions de la volonté du Magistrat. Dangereux instrument de la puissance du juge, hardie à former tous les jours des règles nouvelles, elle se fait une balance particulière et un poids propre pour chaque Cause. Si elle paraît quelquefois ingénieuse à pénétrer dans l'intention secrète du législateur, c'est moins pour la connaître que pour l'éluder ; elle la fonde en ennemi captieux, plutôt qu'en Ministre fidèle ; elle combat la lettre par l'esprit, et l'esprit par la lettre ; et au milieu de cette contradiction apparente, la Vérité échappe, la Règle disparaît, et le Magistrat demeure le maître » (L'autorité du magistrat et sa soumission à l'autorité de la loi, IX<sup>e</sup> mercuriale (1709), in Œuvres complètes de M. le Chancelier D'Aguesseau, 1759, t. I, p. 127, cité d'après Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil*, Introduction générale, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 35, note 153 ; nous soulignons).

<sup>115</sup> Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *op. cit.*, n° 35. Comme l'exprimait COLBERT, il n'est point de « petits conseillers » des compagnies « appelées abusivement souveraines » « qui ne croie être en droit et qui ne juge tous les jours contre les termes précis de l'ordonnance », et ne se donne ainsi le droit de « surprendre et s'arroger la puissance législative » (cité d'après M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », in *Justice et Équité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 20 et s.). Rapp. de façon plus générale R. BADINTER, « Une si longue défiance », in *Les juges*, rev. Pouvoirs n° 74, 1995, p. 7 : « Les plus orgueilleux d'entre eux [magistrats propriétaires de leurs charges], les parlementaires, ont défié dans une fronde qui dura près d'un siècle le pouvoir absolu du monarque et précipité sa chute ».

## 2. Seconde lecture : un corollaire nécessaire à l'obéissance de la loi

78. Selon une autre analyse, il ne faudrait pas voir là un renoncement au primat de la loi<sup>116</sup>, bien au contraire, l'équité n'interviendrait que pour mieux l'assurer<sup>117</sup>. Le culte de la loi serait bien antérieur à la Révolution<sup>118</sup>. L'étude réalisée à partir des discours prononcés par les juges dans l'enceinte des Parlements démontre que l'idée que le juge est ministre, exécuteur, et par conséquent serviteur de la loi, est une des constantes du discours judiciaire. Ce discours irait puiser dans deux registres favoris, d'un côté les Ecritures et les Pères de l'Eglise, de l'autre les philosophes et les historiens du monde antique. Au commencement du raisonnement des juges, on trouverait l'idée que « Si le ministère du juge consiste à toujours faire triompher la loi, c'est d'abord parce qu'elle est selon eux le vrai fondement des Etats », non pas « parce qu'elle viendrait des hommes et résulterait d'une sorte d'accord des volontés, exprimant un pacte fondamental et fondateur », mais « car au fond la loi des hommes n'est loi que dans le lien qui la rattache à elle – à la loi de Dieu »<sup>119</sup>. Aussi, « le rôle qu'ils [les juges] assignent à la loi, l'absolue soumission qu'elle doit selon eux rencontrer chez les hommes et chez les juges, ne sont que la conséquence de la transcendance qui la définit »<sup>120</sup>. Cette conviction est étayée par des arguments empruntés au champ du rationnel : « ainsi, l'une des principales justifications qui les conduit à conférer à la loi l'empire qu'il faut lui reconnaître et lui assurer relève de ses qualités propres, c'est sa généralité, ou son universalité », qui fait d'elle « un instrument de liberté », marquant là l'influence de la pensée antique<sup>121</sup>. Bien entendu,

<sup>116</sup> Comp. G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 264 : « Aussi est-il d'autant plus remarquable que les gens du roi, spécialement chargés de faire respecter les ordonnances, n'aient élevé aucune protestation contre cette jurisprudence et qu'aucun plaideur n'ait déféré au Conseil du Roi des arrêts qui violaient ouvertement des textes précis et impératifs. C'est la preuve que l'équité des Parlements était unanimement considérée comme une source du droit et non comme un abus de pouvoir ». Il reste que la grande « Ordonnance civile touchant la réformation de la justice » du 20 avril 1667 (Titre 1<sup>er</sup>, art. 6) prévient que les magistrats ne pourront contrevenir à ses dispositions, se dispenser de les appliquer, ni même les modérer « sous prétexte d'équité » (Recueil général des anciennes lois françaises, t. XVIII, 1829, cité d'après Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 35, note 154).

<sup>117</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », in *Justice et Equité*, rev. *Justices* n° 9, 1998, p. 35.

<sup>118</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *ibid.*, p. 22.

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 23 et s.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 25. Comp. F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, éd. Esprit, 1991, p. 246 et s. : « W. Krawietz a pu montrer, (...) que la souveraineté du législateur (*princeps legibus solutus*) ne serait que la laïcisation de la *suprema potestas* divine, tandis que l'articulation des normes juridiques positives transposerait la cascade normative qu'un saint Thomas, notamment, établissait entre *lex divina*, *lex aeterna*, *lex naturalis* et *lex positiva* ».

<sup>121</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, p. 26.

les juges n'ignorent pas « que la Loi de Dieu ne peut atteindre l'infinie diversité de la réalité qu'à travers le relais des lois humaines, et ils tendent en permanence à transférer aux lois du Roi, “préposé de Dieu”, le statut qui est celui des Lois divines »<sup>122</sup>. De là le rapprochement effectué entre l'interprétation de l'Écriture et l'interprétation de la loi humaine, qui conduit à l'obligation de s'attacher scrupuleusement à la *scriptura*. Ainsi, « obéir rigoureusement aux lois, est donc bien pour eux une “nécessité, la plus forte et la plus violente qui soit au monde”, car c'est en s'interdisant toute interprétation qui viendrait mêler l'humain avec le divin, que les Juges préservent l'essentiel, la divinité de la loi »<sup>123</sup>. « On comprend dès lors la rigueur avec laquelle les juges monarchiques définissent le devoir d'observation stricte de la loi qui pèse sur eux, on comprend qu'ils se veulent “esclaves de la loi”, l'expression est tellement classique qu'elle revient encore à plusieurs reprises chez d'Aguesseau lui-même »<sup>124</sup>.

De même, ainsi que se plaisent à affirmer les juges, les magistrats « sont les ordonnances et les lois qui parlent, comme les mêmes lois et les ordonnances sont appelées des magistrats muets »<sup>125</sup>. « La loi en effet ne peut “s'exécuter d'elle-même”, car elle ne saurait avoir pourvu à tous les cas, c'est donc par la juridiction “qui est l'action de la loi, et la loi vivante”, et par l'interprétation du juge, “qu'on étend et allonge à tous les cas et occurrences” la raison de la loi, “pour les vivifier et régir de son influence” »<sup>126</sup>. En d'autres termes, l'intervention du juge est le moyen qui permet à la loi de régner. Comme le résume l'auteur de cette étude du discours judiciaire : « Se proclamer “bouche de la loi”, c'est donc pour les juges monarchiques se donner un rôle tout ensemble passif et actif : certes ils ne sont là que pour faire parler la loi, mais comme la loi ne peut parler que par eux, la part qui leur revient en propre dans l'acte de jugement par lequel la loi atteint son but, c'est-à-dire s'incarne dans la vie des hommes, demeure essentielle »<sup>127</sup>.

Et dans cet « acte même de juger, ils ne doivent dépendre que du Dieu qui est l'auteur de la loi, et non du Prince qui les institue », une idée partagée et développée

---

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 30.

plus tard encore par Domat<sup>128</sup>. Ce raisonnement serait à l'origine de l'indépendance revendiquée par les juges lorsqu'il s'agit de consentir aux lois ou lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre. Aussi, lorsque les juges refusaient l'enregistrement d'une loi nouvelle, ils ne contestaient pas le principe selon lequel le Roi peut de sa puissance absolue imposer l'enregistrement – interprétation dominante – mais procédaient de la sorte parce qu'ils sont responsables devant Dieu de tout le mal qu'une loi jugée par eux mauvaise pourrait engendrer. Ce serait cette même exigence de liberté fondée sur le principe de responsabilité qui animerait les juges au moment de la mise en œuvre de la loi : il s'agirait d'une liberté dans la mise en œuvre des moyens, non d'une liberté de refuser la loi, ou de s'y soustraire. Comme le souligne l'auteur, dans le cheminement qui va aboutir au jugement, les juges attachent la plus grande importance à la confrontation des opinions, et maintiennent avec fermeté le principe de leur libre expression<sup>129</sup>. Cela est patent au regard de la portée accordée à la délibération précédant le prononcé du jugement : « "l'esprit général" qui se dégage des débats de ces assemblées leur semble (...) exprimer l'esprit de Dieu (...) La délibération permet d'aboutir à une unité de vue, (...), et cette unanimité est pour eux la marque d'une intervention divine (...) »<sup>130</sup>.

Mais, comme le relève le même auteur, le débat est aussi intérieur : « bien avant Domat, bien avant Montesquieu, les magistrats n'ont cessé d'affirmer que la loi ne pouvait vivre que par "l'esprit" »<sup>131</sup>. Cet esprit des lois n'est rien d'autre que l'équité<sup>132</sup>. « Depuis toujours en effet les juges ont défini l'équité comme "l'âme de toutes les lois" »<sup>133</sup>. Selon le discours collectif des magistrats, en s'attachant exclusivement à la lettre, on tue la loi ; si on ne se sert pas de l'esprit, c'est-à-dire de l'équité qui est « l'esprit même de la loi », « la dureté de la lettre n'a souvent qu'une rigueur qui tue », des propos qui nous sont rapportés par Aguesseau lui-même<sup>134</sup>. « A travers cette équité confondue avec l'esprit des lois, c'est donc en fait à la science des

---

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>131</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 35 et s.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 35.

lois, et aux méthodes qui sont alors les siennes, qu'il est fait appel »<sup>135</sup>. Et l'auteur d'ajouter que « Ce n'est pas dans leur seule raison que les juges vont en chercher l'expression, c'est dans la confrontation des lois », c'est-à-dire de toutes les sources éparses et diverses<sup>136</sup>. En somme, « aussi indispensable que l'obéissance [des lois], [l'équité] n'en est en fait que le prolongement »<sup>137</sup>.

### 3. Synthèse : l'opposition entre interprétation arbitraire et syllogisme

79. Qu'on voit dans le recours à l'équité une remise en cause du primat de la loi par les juges ou au contraire le corollaire nécessaire à son obéissance – la réalité correspond peut-être à un mélange des deux, l'une et l'autre interprétation pouvant correspondre éventuellement à des périodes différentes<sup>138</sup> – il n'en demeure pas moins que la liberté d'interprétation revendiquée par les juges, et rendue possible par le pluralisme des sources propre à l'ancien ordonnancement juridique, a été perçue par la suite comme l'instrument de l'arbitraire d'un homme ou d'une classe<sup>139</sup>.

En témoignent les prises de position des différents tribunaux auxquels le projet du code fut envoyé pour examen. On sait que des discussions violentes s'élevèrent à propos de ce qui allait devenir le fameux article 4 C. civ<sup>140</sup>. Pour les juges de la Cour de Lyon, le pouvoir d'interprétation redonné aux juges par cet article, remettait en cause le principe de séparation des pouvoirs et ressuscitait dans le même mouvement « cet arbitraire si odieux et si funeste, source des plaintes et de l'indignation qui anéantirent si facilement les anciens tribunaux dès les premiers instants de la

<sup>135</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>136</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *ibid.*, p. 36. Rapp. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, p. 164, v<sup>o</sup> Dieu nous garde de l'équité des parlements : « L'équité, assurément, était d'un maniement délicat, requérant – c'est presque un paradoxe – une connaissance profonde du droit et une grande attention à toutes les circonstances de la cause ; ainsi entendue elle était une exigence de justice, non “un voile commode dissimulant tant bien que mal la partialité ou l'ignorance des juges” ».

<sup>137</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *ibid.*, p. 37.

<sup>138</sup> Comp. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, p. 164, v<sup>o</sup> Dieu nous garde de l'équité des parlements, qui relèvent, d'un côté que l'équité demandait une connaissance profonde du droit, et de l'autre que dès avant la Révolution, le prestige moral des parlements avait diminué du fait qu'ils étaient plus occupés d'agitation politique (qui leur permettait de se mettre *supra legem*) que de science juridique.

<sup>139</sup> Dans le même sens M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *ibid.*, p. 17 et s.

<sup>140</sup> Elles sont retracées brièvement par M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *ibid.*, p. 18. L'article 4 C. civ. dispose que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».



Révolution »<sup>141</sup>. Dans le même sens, Beccaria affirmait que les interprétations sont « de déplorables abus de raisonnement d'où naissent des controverses arbitraires et vénales »<sup>142</sup>. C'est pourquoi il combattait la scission même pouvant être opérée entre la lettre et l'esprit du texte : derrière l'esprit des lois, se cacherait la subjectivité du juge, faite de « ses impressions, émotions, passions, avec tout ce qu'elles comportent d'arbitraire, de fugitif et de fluctuant »<sup>143</sup>.

L'interprétation de la règle, par définition douteuse, confuse, changeante et fluctuante aboutirait à l'arbitraire du système<sup>144</sup>. Ici, l'arbitraire s'oppose au syllogisme. Pour Beccaria notamment, contrairement à l'esprit de la loi, la lettre du texte garantirait la raison et l'objectivité<sup>145</sup>. La simple application de la règle dotée d'un sens certain, clair, fixe et permanent tiré de la logique, du calcul et du syllogisme serait signe de sécurité juridique<sup>146</sup>. Cela n'empêchera toutefois pas Portalis d'énoncer que « (...) la science du magistrat est de mettre ces principes [les principes les plus favorables au bien commun trouvés par le législateur] en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; *d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue* ; et de ne pas s'exposer au risque d'être tour-à-tour, esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude »<sup>147</sup>. Et de souligner que les Français n'ont aucune inquiétude à éprouver à l'égard de leurs

---

<sup>141</sup> P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IV, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 27 et 34. On rappellera qu'à l'origine, le titre préliminaire contenait en outre une disposition (l'art. 11) qui indiquait que dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. Celle-ci fut abandonnée suite aux vives réactions qu'elle suscita. Les juges de la Cour de Lyon avaient relevé que c'était certainement supposer que tous les hommes sont également capables de discerner les vrais principes de l'équité naturelle ; et que malheureusement l'expérience avait démontré que cette supposition était une erreur. En effet, si, dans chaque tribunal, la raison naturelle devait suppléer la loi, pourquoi avait-on vu autrefois une si grande diversité de jurisprudence sur les mêmes points, entre les différents tribunaux, et même entre les chambres d'un même parlement ? Ils en avaient conclu qu'il fallait un régulateur général et commun des jugements, que ce régulateur était la loi, qui seule pouvait être regardée comme l'expression certaine de l'équité, et que le juge devait être esclave de la loi.

<sup>142</sup> Cité d'après C. GHICA-LEMARCHAND, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, p. 183 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)).

<sup>143</sup> V. C. GHICA-LEMARCHAND, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, p. 183 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf), qui se réfère à B. FRYDMAN, *Le sens des lois*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2005, n° 136).

<sup>144</sup> C. GHICA-LEMARCHAND, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, p. 183.

<sup>145</sup> C. GHICA-LEMARCHAND, « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, *ibid.*, p. 183.

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 476 (nous soulignons). La parenté de pensée entre le discours de PORTALIS et les principes défendus et diffusés par les anciens Parlements n'a pas manqué d'être soulevée : v. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « "Royaume de la loi" : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », in *Justice et Equité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 18 et s.

juges (ou mieux : n'en éprouvent aucune ; l'emploi de l'indicatif présent va plutôt en ce sens)<sup>148</sup>, car « Il est trop heureux que la nécessité où est le juge, de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permettent jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui lui soient purement à son caprice ou à sa volonté ». En effet, c'est que nos juges « (...) sont rompus aux affaires, qu'ils ont des lumières, des connaissances, et qu'ils se croient sans cesse obligés de consulter celles des autres. On ne saurait comprendre combien cette habitude de science et de raison adoucit et règle le pouvoir »<sup>149</sup>.

**80.** Pour résumer, si certains rejettent l'association faite entre équité et arbitraire, c'est parce que l'équité invoquée par les Parlements servait à dégager des principes nouveaux, s'écartant des coutumes ou lois royales, qui donnaient lieu à répétition, et conservaient donc un certain caractère prévisible. Mais dans le même temps, l'imprécision caractérisant ces « directives jurisprudentielles » est perçue comme comportant un risque d'arbitraire, une idée encore dominante aujourd'hui. Plus généralement, à l'époque révolutionnaire, la liberté d'interprétation du juge est perçue comme une source d'arbitraire, devant être remplacée par une stricte application de la loi. L'arbitraire est compris ici par opposition au syllogisme, une approche qui a toujours cours à l'heure actuelle<sup>150</sup> et qui est dénoncée par certains<sup>151</sup>. L'application de notions vagues, à contenu indéterminé, ne pouvant s'effectuer sous la forme d'un syllogisme pur et simple, c'est ce qui explique donc l'opinion selon laquelle de telles formules sont génératrices d'un pouvoir arbitraire<sup>152</sup>.

<sup>148</sup> J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 472.

<sup>149</sup> J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire », in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 472.

<sup>150</sup> V. J.-L. BERGEL, « Introduction générale », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, p. 12 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)) : « Or l'interprétation de normes préétablies ne peut se limiter à une application purement passive de règles générales et abstraites à des cas particuliers. Elle suppose toujours une part d'innovation, non seulement de solutions ponctuelles, mais aussi, souvent, d'interprétation des textes conduisant à des règles nouvelles (...). (...) Mais cela risque de méconnaître le sacro-saint principe de la séparation des pouvoirs, fondement de nos sociétés démocratiques modernes, et d'engendrer, le cas échéant, un risque réel sinon inéluctable d'arbitraire du juge ».

<sup>151</sup> A. GARAPON, « La question du juge », in *Les juges*, rev. Pouvoirs n° 74, 1995, p. 26 : « Il faudrait reprendre cette question du juge moins en termes *tranchés* (soit un positivisme radical, soit "le gouvernement des juges" ; soit le syllogisme, soit l'arbitraire), qu'en termes réalistes et *nuancés* ».

<sup>152</sup> Exemple à ce titre : A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », RIDC 1970, p. 251. A propos des standards juridiques, l'auteur écrit : « L'arbitraire du juge est contraire à la certitude du droit. (...) Le standard ouvre la porte à l'arbitraire et, si les juges français sont souverains dans leur manière arbitraire d'interpréter le standard (...) ».

## B. L'ÉQUITÉ « INDIVIDUELLE »

**81.** La critique de l'arbitraire est encore plus acerbe lorsqu'il est question de l'équité au sens subjectif du terme, lorsqu'elle intervient cette fois pour un cas ponctuel, en fonction des impératifs de ce cas. Selon un auteur, l'action créatrice de la jurisprudence des Parlements que nous venons d'aborder, restait secondaire en regard du pouvoir d'interprétation de la norme que l'Ancien Régime accordait à ses juges<sup>153</sup>. Ici, le pouvoir d'interprétation est entendu dans le sens précis d'arbitrage opéré par le juge entre la loi et le justiciable<sup>154</sup>. Il renvoie à un type de décision qui est devenu fréquent à partir de 1309 ; c'est à cette date qu'apparaîtrait une formule nouvelle appelée à un long avenir : la décision prise *ex causa*, c'est-à-dire en fonction de la nature de la cause sans autre précision<sup>155</sup>. C'est ainsi que la conception de l'équité qui prévaut dès le XVI<sup>e</sup> siècle est celle d'un instrument qui tend essentiellement à assouplir l'application du droit en tenant compte des circonstances de temps, de lieu et de personnes<sup>156</sup>.

Aussi enseigne-t-on généralement aujourd'hui que c'est l'appréciation concrète des situations juridiques qui caractérise l'équité<sup>157</sup>. En d'autres termes : « L'essence de l'équité est la recherche d'une conciliation raisonnable d'intérêts opposés, selon les circonstances de chaque cas »<sup>158</sup>. C'est ce qu'on dénomme « *Einzelfallgerechtigkeit* » (justice du cas particulier) en droit allemand, par

<sup>153</sup> A. MARTIN-LEBIGRE, « Juger dans la France moderne », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 159.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 160. Rapp. Y. BENHAMOU, « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges. Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », D. 2009, p. 1040 et s. : « (...) c'est l'*imperium* du juge, plus précisément cette faculté qui lui est conférée de faire du droit, à chaque cas qui lui est soumis, une application chaque fois singulière, qui a récemment été sérieusement mis à mal » (l'auteur évoque un phénomène récent qui prend ses racines dans notre histoire).

<sup>155</sup> J. HILAIRE, « Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 114.

<sup>156</sup> G. BOYER, « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 259 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, p. 163, v<sup>o</sup> Dieu nous garde de l'équité des parlements (« elle réintroduit l'espèce tout entière dans l'analyse du juge »).

<sup>157</sup> V. P. ROUBIER, Rapport général sur « La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de la technique juridique » (compte-rendu), in *La méthode depuis le Code civil de 1804, Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris*, TAHC, t. VI, 1950, p. 51 ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Equité*, rev. Justices n<sup>o</sup> 9, 1998, p. 97.

<sup>158</sup> R. A. NEWMAN, « La nature de l'équité en "droit civil" », RIDC 1964, p. 290. Rapp. J. NORMAND, in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, v<sup>o</sup> Office du juge : « Le juge a pour office, en ces circonstances [lorsqu'il se prononce en équité], de rechercher un point d'équilibre entre les intérêts en conflit, en écartant, au besoin, les dispositions légales dont l'application serait en l'espèce contraire à l'équité ».

opposition à la justice découlant de la norme (« Normgerechtigkeit »)<sup>159</sup>. Et certains d'expliquer : « Si en effet l'équité fonctionne tout naturellement dans les sociétés, telle l'ancienne Monarchie française, qui n'admet pas l'égalité de tous devant la loi, il semble que nos sociétés démocratiques modernes, inspirées par des principes de liberté et d'égalité civiles, doivent se montrer plus réticentes... »<sup>160</sup>. Il est vrai que sous l'influence de la philosophie de Kant notamment, l'équité et la règle de droit sont présentées aujourd'hui comme un couple antinomique<sup>161</sup>. Pour certains, la différence résiderait moins dans l'exclusivisme de la règle de droit positif que dans leurs caractères respectifs : « La règle de droit a pour caractères essentiels d'être abstraite, générale et permanente, ce qui lui permet d'assurer la sécurité et la prévisibilité. A l'inverse, l'équité est par nature incertaine et subjective et fait naître ainsi un risque constant d'imprévisibilité et d'insécurité, sans compter celui de l'arbitraire du juge : le contraire d'une règle de droit »<sup>162</sup>.

**82.** Il faut relever que cette méfiance vis-à-vis de l'équité est fort ancienne, comme en témoigne l'expression d'« équité cérébrine » utilisée par les juristes de droit savant<sup>163</sup>. A suivre une étude, le terme « cérébrin » aurait été employé pour la première fois en rapport avec l'équité par des juristes français au XVI<sup>e</sup> siècle avant d'être latinisé (« *aequitas cerebrina* »)<sup>164</sup>. Taxée de « cérébrine », l'équité glisse ainsi dans le registre de l'arbitraire<sup>165</sup>. Avec cette expression, une certaine image de

<sup>159</sup> Sur ces deux termes, v. F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 21 et s.

<sup>160</sup> P. ROUBIER, Rapport général sur « La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de la technique juridique » (compte-rendu), in *La méthode depuis le Code civil de 1804, Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris*, TAHC, t. VI, 1950, p. 51.

<sup>161</sup> Chez KANT, l'équité constitue un simple « devoir de vertu » (« Tugendpflicht ») qui doit être écarté du domaine du droit : v. plus en détails C. SCHOTT, « *Rechtsgrundsätze* » und *Gesetzeskorrektur*, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 9, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 87 et s.

<sup>162</sup> Ph. MALAURIE, *Cours de droit civil, t. I, Introduction à l'étude du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1994, n° 39. Dans son ouvrage *Le droit civil illustré*, Paris, LGDJ, 2011, p. 23, l'auteur dissocie bien l'équité « objective » (le juge élabore un corps de règles en parallèle au droit existant) de l'équité « subjective », qu'il définit comme l'hypothèse où le juge, dans un cas particulier, se fonde sur son sentiment intérieur l'invitant à la clémence. On y trouve aussi une belle illustration de cette boutade légendaire selon laquelle « l'équité varie avec la longueur des pieds des magistrats ».

<sup>163</sup> V. A. FAVRE (président du Sénat de Chambéry), *Jurisprudentia Papinea*, 1652, t. I, pr. 1, 2 (traduction) : « Rien ne serait plus dangereux et pernicieux que de permettre à n'importe quel juge de prendre pour arbitre l'équité qu'il se fabrique et d'échapper aux lois sous prétexte de cette équité qu'on appelle à juste titre « cérébrine » » (cité d'après Ph. MALAURIE, *Cours de droit civil, t. I, Introduction à l'étude du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1994, p. 36, note 61).

<sup>164</sup> C. SCHOTT, « *Aequitas Cerebrina* », in *Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*, Köln, Wien, Böhlau, 1977, p. 132 et s. En allemand, le terme est traduit par « unbesonnen », « leichtsinnig », « voreilig ».

<sup>165</sup> C. SCHOTT, « *Rechtsgrundsätze* » und *Gesetzeskorrektur*, Schriften zur Rechtsgeschichte, Heft 9, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, p. 91 ; H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, p. 164, v° Dieu nous garde de l'équité des parlements.

l'équité qui remonte à l'époque des glossateurs est restée bien vivante, celle de la zone interdite d'une subjectivité sans limites<sup>166</sup>. Force est de constater qu'aujourd'hui encore, l'arbitraire est considéré comme consubstantiel à l'équité<sup>167</sup>.

L'association effectuée entre équité et arbitraire se justifie aisément si l'on prend le terme d'arbitraire dans son sens original, c'est-à-dire au sens d'une liberté d'appréciation du juge lui permettant de prendre en compte les circonstances de l'espèce (v. *supra*). L'équité, telle qu'on la définit majoritairement aujourd'hui, renvoie précisément à cette démarche du juge qui consiste à apprécier concrètement la situation qui se présente à lui et à trouver une juste solution pour cette cause en particulier. Mais il est indéniable que le sens dévié qu'a pris le terme d'arbitraire depuis l'époque révolutionnaire, devenu le synonyme de « bon plaisir » du juge, et donc d'incertitude et d'injustice, rejaillit immanquablement sur le concept d'équité auquel on attribue les mêmes vices. La fameuse supplique « Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements » est exemplaire à ce titre<sup>168</sup>.

Comme l'exprime un auteur, « l'équité sent le souffre en France car elle y est perçue comme un blanc seing donné au juge pour statuer selon ses humeurs ou ses convictions. Elle serait le manteau sous lequel se cachent son arbitraire et son ignorance »<sup>169</sup>. Il ne suffit plus qu'à relever les liens entre l'équité et les notions vagues, à caractère général, pour conclure que ces dernières sont elles aussi empreintes d'arbitraire : la boucle se ferme. D'aucuns soulignent à cet égard que

<sup>166</sup> *Ibid.* (« Mit der Bezeichnung "aequitas cerebrina" hat ein Topos überlebt, mit dem seit den Zeiten der Glossatoren die verbotene Zone einer uferlosen Subjektivität abgesteckt wurde »).

<sup>167</sup> V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Précis Dalloz, 2006, n° 17, p. 16 : « L'arbitraire et l'incertitude qui sont attachés à l'équité s'étaient particulièrement manifestés sous l'Ancien Régime, ce qui a suscité la réaction révolutionnaire » ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013, n° 24 (« On touche ici les limites de l'équité, qui est ressentie comme l'arbitraire du juge ») et n° 26 (« L'équité expose à un double risque, l'arbitraire et l'insécurité : l'arbitraire car l'appréciation de ce qui est équitable dépend du juge saisi et, outre que les juges n'ont pas nécessairement tous la même conception de l'équité, cette conception n'est probablement pas partagée par l'ensemble des justiciables ; l'insécurité car, si l'appréciation de l'équité varie suivant le juge saisi, la solution de tout litige devient imprévisible »). Comp. F. TERRÉ, à propos de la proportionnalité : « Tout comme l'histoire des Parlements d'Ancienne France montra que l'équité pouvait engendrer l'arbitraire, il pourrait en être de même de la proportionnalité, dès lors que celle-ci est érigée en principe » : « La proportionnalité comme principe ? », JCP 2009, n° 25, 31, p. 57.

<sup>168</sup> La phrase fut rapportée comme un proverbe du Palais par CHARONDAS dans ses *Réponses du droit français* (1626) et est attribuée au Chancelier SÉGUIER (1588-1672) (v. les références citées par Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005, p. 35, note 155 et F. NIVET, « Equité et légalité », in *Justice et Equité*, rev. *Justices* n° 9, 1998, p. 161). Relevons à ce propos la remarque intéressante de J. CARBONNIER : « La Révolution nous avait appris à nous méfier de l'équité des Parlements – en haine des Parlements peut-être plutôt que de l'équité » : v. « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 106.

« l'équité, qui correspond à un jugement mesuré, opportun, adapté à la situation, est en effet la seule justification possible de l'énoncé général »<sup>170</sup>. En effet, « son rôle actif et sa capacité à juger en fonction du cas particulier est sollicité par un énoncé général ». Même si l'on relève que « c'est un pacte avec l'équité du juge » et « non avec les caprices de celui-ci » que noue le législateur, l'arbitraire n'en est pas moins considéré comme « un mal inévitable »<sup>171</sup>.

## SECTION II - UN DISCOURS TOUJOURS VIVACE

**83.** Le rappel historique a démontré combien l'expression d'arbitraire est chargée d'histoire, de symboles et d'émotions. Elle caractérise la crainte de la partialité des juges lors du prononcé de leurs décisions<sup>172</sup>. Suivant une tradition parfois inconsciente, elle est utilisée dès lors que le jugement rendu ne revêt pas un caractère automatique, et que le juge apprécie la particularité des situations vécues par les parties au procès. Une décision du Conseil constitutionnel est exemplaire de ce raisonnement traditionnel (§ 1). Si l'assimilation de l'indétermination d'une notion à l'arbitraire du juge peut donc être attribuée à une certaine tradition, elle est caractéristique également d'une pensée française plus récente qui associe l'essor des notions-cadre et standards au triomphe de l'intuition sur la logique (§ 2).

---

<sup>169</sup> A. GIRARDET, « L'équité du juge : si on levait le voile ? », in *Justice et Equité*, rev. *Justices* n° 9, 1998, p. 1.

<sup>170</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 382 (rappelons que l'auteur inclut dans la notion d'énoncé général les standards et notions vagues, à contenu variable). Dans le même sens : B. JEANNEAU, « Le traitement de l'équité en droit français », in *Etudes de droit contemporain*, préf. F. TERRÉ, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, XXXIII, VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé Pescara, Paris, éd. de l'Épargne, 1970, p. 22 et s. (traite des notions vagues au titre de l'équité individuelle). Rapp. H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 24.

<sup>171</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 382.

<sup>172</sup> Comp. à ce titre F. TERRÉ, « Sur l'image de la justice », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drai, Paris, Dalloz, 2000, p. 122 : « L'image de la justice est évidemment tributaire, dans la conscience collective, d'une très ancienne tradition critique exprimée dans les genres littéraires les plus divers (...). Mais ce sont d'autres traits [que le hasard, l'irrationnel et la magie] qui ont le plus souvent entretenu la contestation : partialité d'une justice favorable aux riches et aux puissants (...) ».

## § 1. EXEMPLES TIRÉS DU DROIT POSITIF

**84.** Une décision relativement récente du Conseil constitutionnel est exemplaire des liens toujours vivaces entre l'indétermination d'une règle juridique et la thèse de l'arbitraire dans le raisonnement juridique français<sup>173</sup>. Cette décision, qui touche à la fois le droit de la concurrence et le droit commun des obligations, est instructive à plusieurs titres pour le sujet qui nous intéresse.

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 15 octobre 2010 par un arrêt de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), posée par la société Etablissements Darty et Fils et concernant les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 C. com. relatives à la lutte contre certaines pratiques déloyales<sup>174</sup>. Aux termes de cet article, « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un *déséquilibre significatif* dans les droits et obligations des parties »<sup>175</sup>. Le paragraphe III du même article prévoit que l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence. Il dispose en outre que le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées à l'article et peuvent aussi demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros, amende qui peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La notion vague de « déséquilibre significatif », issue de la loi LME du 4 août 2008, était au cœur de la discussion.

En effet, la société requérante (Darty) estimait que les dispositions du 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 – en clair : cette notion de « déséquilibre

---

<sup>173</sup> Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011.

<sup>174</sup> Com., 15 octobre 2010, QPC, n° 10-40.039, D. 2010, p. 2508, obs. CHEVRIER.

significatif » – manquaient aux exigences de clarté et de précision résultant du principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) de 1789. On rappellera que la valeur constitutionnelle du principe de légalité des délits et des peines a été affirmée dans la décision n° 80-127 DC du 20 janvier 1981 dite « Sécurité et liberté » : « Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; *qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire* »<sup>176</sup>. Cette obligation découle également de l'article 34 de la Constitution<sup>177</sup>. Or le principe de légalité des délits et des peines est applicable, non pas seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais à toute sanction ayant le caractère d'une punition. C'est le cas de l'amende civile prévue par l'article L. 442-6, III C. com.<sup>178</sup>. Par suite, il s'agissait donc de savoir si l'« infraction » ou l'objet de l'interdiction – donc le présupposé de la norme – défini par le 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 était énoncé en des termes suffisamment clairs et précis.

**85.** Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a jugé que « l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ». Le jugement est à lui seul digne d'intérêt. En effet, pris de façon isolée, il vient réfuter la thèse de l'arbitraire soutenue par la société requérante : celle-ci avait cru pouvoir déduire du caractère vague de la notion de « déséquilibre significatif » l'existence d'un pouvoir arbitraire du juge. On pourrait y voir le rejet de la thèse majoritaire qui

---

<sup>175</sup> Nous soulignons.

<sup>176</sup> V. Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 32-2011 (nous soulignons).

<sup>177</sup> En vertu de l'art. 34 de la Constitution, « La loi fixe les règles concernant : (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables (...) ».

<sup>178</sup> Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 32-2011 : « Dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel a, en premier lieu, jugé que l'amende civile prévue par l'article L. 442-6 du code de commerce est une sanction ayant le caractère d'une punition ce qui imposait de la soumettre au principe de légalité des délits et des peines » ; en effet, « elle a pour but, non de réparer un préjudice, mais de réprimer des pratiques interdites par le législateur » ; D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », JCP 2011, n° 10, 274 : « (...) l'article L. 442-6 est dans son entier intégré à la "matière pénale" tant en raison de la menace d'amendes civiles que celle de l'intervention, désormais éventuellement autonome, du ministère public ou du ministre » ; Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », D. 2011, p. 415 (relève le caractère exorbitant de l'amende).



déduit de la seule présence de notions indéterminées l'exercice par le juge d'un pouvoir arbitraire. Encore faudrait-il préciser que cette exigence de clarté n'existe pas quand la sanction n'est pas répressive, ce qui est généralement le cas en matière civile, et plus spécialement en matière de clause abusive où le « déséquilibre significatif » est sanctionné par la nullité de la clause (v. l'art. L. 132-1 C. consom.)<sup>179</sup>. Mais alors, aurait-on envie de dire, si le « déséquilibre significatif » du code de commerce est considéré comme suffisamment précis pour éviter d'encourir le grief de l'arbitraire, cela vaut *a fortiori* pour la notion équivalente du droit de la consommation et plus généralement pour la plupart des notions vagues du droit des contrats qui nous intéressent ici. Les motifs avancés par le Conseil constitutionnel invitent néanmoins à la prudence.

En effet, pour justifier sa décision, le Conseil a relevé que « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; (...) ». Il s'agit donc d'une notion juridique qui existe déjà dans notre ordre juridique. Celle-ci, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel, a déjà fait l'objet de nombreuses précisions par la jurisprudence civile, de sorte que « l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ». Autrement dit, la notion de déséquilibre significatif du code de commerce a un contenu suffisamment précis grâce à la directive de 1993 et la jurisprudence civile sur les clauses abusives. Le Conseil constitutionnel évoque par ailleurs la possibilité pour la juridiction saisie de consulter la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) composée des représentants des secteurs économiques intéressés. C'est dire qu'une « infraction » qui ne serait pas définie dans un texte de manière claire et précise peut ne pas entraîner d'inconstitutionnalité si

---

<sup>179</sup> M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'est pas contraire au principe de la légalité des délits et des peines », RDC 2011, p. 538 (relève fort justement que « Peu importe donc que la législation relative aux clauses abusives laisse la part belle au juge. C'est une technique législative qui ne prête pas le flanc à la critique en pur droit civil »). De même : D. MAINGUY, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », JCP 2011, n° 10, 274.

d'autres textes du même domaine ou la jurisprudence ont apporté les éclaircissements permettant de compléter les lacunes du texte<sup>180</sup>.

Si l'on peut s'interroger sur le caractère adéquat d'un tel renvoi à la jurisprudence consumériste pour concrétiser le contenu d'une notion de droit économique, il faut avouer que cette précision vient tempérer le rejet de la thèse de l'arbitraire du juge en présence de notions-cadre, à contenu variable. A suivre l'analyse, l'insertion d'une *nouvelle* notion juridique indéterminée dans une loi entraînerait nécessairement un risque d'arbitraire, du moins en matière répressive. En revanche, une notion dont les contours auraient déjà été définis par la jurisprudence permettrait de réfuter toute idée d'arbitraire du juge. Il va sans dire que le Conseil constitutionnel reconnaît par là le rôle essentiel de la jurisprudence dans la définition du droit. Mais au-delà, on constate que le Conseil raisonne lui-même en termes d'opposition entre syllogisme (possibilité pour le juge d'appliquer fidèlement et mécaniquement la loi ou une jurisprudence établie) et arbitraire : soit l'« infraction » est définie en des termes suffisamment clairs et précis, alors l'arbitraire du juge est exclu ; soit, au contraire, elle ne l'est pas et le pouvoir du juge est alors taxé d'arbitraire. Il semble que le raisonnement, caractéristique de la pensée juridique française, s'explique ici par l'application de textes directement issus de la période révolutionnaire, telle la DDHC qui, nous l'avons vu, véhiculent cette idée.

**86.** Il n'empêche que le Conseil constitutionnel n'a pas hésité dans le passé à rejeter une méconnaissance de définition claire et précise sans s'appuyer pour autant sur des éclaircissements éventuels apportés par d'autres textes du même domaine ou par la jurisprudence. Il en va ainsi par exemple de sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 relative à la loi de modernisation sociale, où il a estimé que ne méconnaissait pas le principe de légalité des délits et des peines la disposition selon laquelle le chef d'entreprise ne peut procéder à une annonce publique dont les mesures de mise en œuvre sont de nature à affecter « *de façon importante* » les conditions de travail ou d'emploi des salariés, qu'après avoir informé le comité d'entreprise, l'inobservation de ces prescriptions étant punie des peines prévues aux articles L. 483-1, L. 483-1-1 et L. 483-1-2 C. trav. relatifs au délit d'entrave au fonctionnement des comités d'entreprise (considérants 62 à 67). Ainsi qu'il a été

---

<sup>180</sup> Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 32-2011.

analysé, l'emploi des termes « de façon importante » laisse une certaine marge d'appréciation au juge pour apprécier une situation qu'il est difficile au législateur de quantifier de manière *a priori*<sup>181</sup>. La remarque est intéressante : elle suggère l'existence d'une distinction entre la marge d'appréciation découlant d'une notion juridique indéterminée et le pouvoir arbitraire. Elle l'est d'autant plus que dans sa décision relative au « déséquilibre significatif », le Conseil constitutionnel a précisé également que « *eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer*, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits »<sup>182</sup>. Comme l'a très justement relevé un auteur, il y a là la manifestation que le Conseil apprécie subtilement l'exigence de clarté et de précision à l'aune de la difficulté qu'il y a à trouver des instruments adaptés de régulation de l'activité économique, ce qui laisse entrevoir que, si une marge d'appréciation est forcément incontournable en la matière, l'application du texte ne conduit pas pour autant à l'arbitraire<sup>183</sup>. Dans cette perspective, la décision pourrait être perçue à nouveau comme mettant un frein à la thèse de l'arbitraire. Le droit français continue donc à hésiter.

## **§ 2. LES NOTIONS-CADRE OU LE TRIOMPHE DE L'INTUITION SUR LA LOGIQUE**

**87.** Loin de constituer uniquement la marque d'une certaine tradition liée à l'histoire, l'association des notions-cadre et standards au pouvoir arbitraire du juge est la résultante d'une pensée que l'on pourrait qualifier de moderne. La présentation de la technique du standard a été réalisée, en France, dans une « atmosphère idéologique » particulière. Elle a été rattachée à la lutte pour la liberté du juge. Pour ses partisans, la technique du standard ou des notions-cadre marque ainsi le triomphe de l'intuition sur la logique (A). Cette thèse, largement répandue au sein de la doctrine française (A), est contestable (B).

---

<sup>181</sup> Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, n° 32-2011.

<sup>182</sup> Nous soulignons.

<sup>183</sup> Y. PICOD, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », D. 2011, p. 415 et s.

## A. UNE THÈSE LARGEMENT RÉPANDUE

**88.** Pour une majorité d'auteurs, la mise en œuvre par le juge de notions-cadre ou standards est perçue comme l'expression d'une pure subjectivité<sup>184</sup>. D'aucuns soulignent que l'équité serait la « part maudite du jugement »<sup>185</sup>, « la part du jugement qui échappe au raisonnement juridique, pour plonger dans une évaluation forcément subjective dont suspecte d'arbitraire. Le pouvoir du juge dans son incompressible part de subjectivité et son aspiration à l'universalité, s'y concentre »<sup>186</sup>. Un tel raisonnement mérite une attention particulière. En effet, il semble caractéristique de la pensée française.

**89.** La technique du standard a été présentée, en France, dans une « atmosphère idéologique » particulière<sup>187</sup>. La thèse de Al-Sanhoury<sup>188</sup>, dirigée par Edouard Lambert, semble avoir donné le ton en la matière. Elle constitue aujourd'hui encore l'ouvrage le plus fréquemment cité à propos de cet instrument de droit que constituent les standards juridiques. Dans son étude, Al-Sanhoury, qui qualifie pour sa part le pouvoir du juge de « discrétionnaire »<sup>189</sup>, avait décrété que le standard, c'était le triomphe de l'intuition sur la logique, sur le syllogisme : « Le standard [contrairement à la règle et au principe], (...) ne se prête pas à une application

---

<sup>184</sup> V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », in S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 39 : « (...) le droit français n'a jamais aimé les notions floues, imprécises donnant au juge un pouvoir d'appréciation subjectif (arbitraire ?) risquant d'installer la casuistique dans le droit ».

<sup>185</sup> Selon l'expression de D. SALAS : « L'équité ou la part maudite du jugement », in *Justice et Équité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 109.

<sup>186</sup> D. SALAS : « L'équité ou la part maudite du jugement », in *Justice et Équité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 114.

<sup>187</sup> A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 108. Sur les circonstances idéologiques entourant la naissance du standard, v. également D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Standard.

<sup>188</sup> A.-A. AL-SANHOURY, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail et la jurisprudence anglaise*, th. Lyon, 1925. L'auteur indique que E. LAMBERT lui a demandé de traiter ce sujet pour voir précisément des exemples concrets de standards et mettre en lumière l'utilité du standard comme instrument de droit. AL-SANHOURY a été président du Conseil d'Etat égyptien jusqu'en 1954. Il est par ailleurs à l'origine du Code égyptien avec E. LAMBERT.

<sup>189</sup> On peut supposer que la préférence du terme « discrétionnaire » à celui d' « arbitraire » est influencée par la terminologie anglaise (« Discretion »), familière à l'auteur au vu du sujet qu'il s'est proposé d'étudier. Précisons que l'auteur n'emploie aucunement le terme « discrétionnaire » dans un sens péjoratif puisqu'il est l'un des plus fervents partisans du standard. L'influence de la doctrine anglaise est patente également dans la définition du standard donnée par le *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., qui fait état d'une « marge de discrétion » ainsi laissée au magistrat, s'appuyant en cela sur les écrits de POUND, lequel utilise l'expression « margin of discretion ».

mécanique. C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du "standard". L'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique »<sup>190</sup>. Ainsi rattachée à la lutte pour la liberté du juge, la méthode du standard a pu être résumée en ces mots : « contestation du mécanique, du rationnel, de la logique »<sup>191</sup>.

C'est d'ailleurs au nom du fait que le standard ne permettrait pas un développement scientifique du droit, en ce qu'il rendrait inutiles le raisonnement et les constructions, que cette technique juridique a été condamnée par un certain nombre d'auteurs français<sup>192</sup>. En effet, celle-ci a pu évoquer l'école du bon droit, de l'équité, du bon juge, doctrines qui inquiètent. C'est dire que partisans ou non du standard juridique, tout le monde s'accorde pour dire que son maniement par le juge n'obéirait à aucune méthode, aucune logique<sup>193</sup>. Ce qui explique aisément la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge, entendu comme pouvoir arbitraire, purement subjectif.

**90.** L'assimilation ainsi faite entre logique et syllogisme est incontestablement révélatrice des postulats de la philosophie dite moderne – le dernier terme renvoyant (selon l'usage des historiens) à l'époque comprise entre la fin du moyen âge et la Révolution française – qui constitue encore le fond de notre éducation première. Michel Villey l'a remarquablement mis en lumière<sup>194</sup>. En effet, le droit, tel que le conçoivent les modernes, est le paradis de la logique conçue comme un art de la déduction : « Ne nous enseigne-t-on pas encore que la logique, au sens le plus strict, est l'étude des inférences qui nous permettent de passer, avec le plus de rigueur

---

<sup>190</sup> Extrait de son article « Le standard juridique » (qui reprend les grandes lignes de sa thèse), in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 146.

<sup>191</sup> A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 109.

<sup>192</sup> V. les références citées par A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 109.

<sup>193</sup> V. parmi d'autres Ph. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit civil, Introduction générale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005, n° 250 (qui associent notions-cadre à l'intuition du juge et corrélativement à l'existence d'un pouvoir discrétionnaire) ; D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Standard : « (...) le standard place le juge dans un rôle inhabituel qui suscite la méfiance. Son application requiert d'aller des faits vers le droit suivant *un certain bon sens*. Cette démarche pragmatique, familière aux juges anglais, prend alors la place de *la logique* à laquelle est accoutumé le magistrat français ». D'où le souhait que soit menée une réflexion pratique d'ensemble sur la méthode d'application des standards (*Dictionnaire préc.*, v° Standard *in fine*).

<sup>194</sup> M. VILLEY, « Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », in *Etudes de logique juridique*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 4 et s.

possible, d'une proposition à une autre ? »<sup>195</sup>. De sorte qu'au début de l'époque moderne, la logique, c'est d'abord l'étude du syllogisme<sup>196</sup>. Or les faiblesses de ce mécanisme, sa fiction parfois, ont conduit nombre d'auteurs à lutter contre la « logique juridique ». Dans ce que Villey a appelé la crise de la foi du juriste dans la valeur de la logique, beaucoup en sont venus à recommander l'« intuitivisme » judiciaire, le « droit libre », l'indépendance envers la loi ou la logique. Comme l'a relevé l'auteur, chez nombre de philosophes du droit, le fait est qu'il ne reste plus rien des prétentions logicisantes des temps modernes proprement dits<sup>197</sup>. Avec cette conséquence qu'au final, les hautes visées des philosophes du droit moderne au déductivisme juridique auront eu ce beau résultat de faire sombrer la théorie juridique dans le vice contraire, un croissant irrationalisme<sup>198</sup>.

## **B. UNE THÈSE CONTESTABLE**

**91.** Cette thèse de l'« intuitivisme » est contestée, sans surprise, par la doctrine allemande que l'on sait fort attachée aux questions méthodologiques. Deux « doctrines » s'opposent aux enseignements français : la doctrine dite des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) (1) et celle qui consiste à dire que le juge est amené à préciser et à concrétiser les notions-cadre et standards au fil du temps, preuve qu'il ne serait pas entièrement libre dans leur application (2).

### **1. La « doctrine des intérêts » (*Interessenjurisprudenz*)**

**92.** La thèse française est réfutée principalement par des auteurs allemands, ce qui n'est pas étonnant, vu l'importance accordée aux questions méthodologiques dans la pensée allemande<sup>199</sup>. D'aucuns soulignent que l'utilisation par le juge des standards juridiques, permettant l'individualisation du droit, marquerait certes le triomphe d'une nouvelle méthode juridique, celle de la « doctrine des intérêts »

---

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>198</sup> *Ibid.*

<sup>199</sup> Comme le souligne J.-L. BERGEL, l'idée même de méthodologie juridique est liée à celle d'une construction rationnelle du droit et à celle de système juridique, sans pour autant être liée à une école de pensée déterminée : D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Méthodologie juridique, p. 1021 et s.

(*Interessenjurisprudenz*) sur la « doctrine des concepts » (*Begriffsjurisprudenz*)<sup>200</sup>, mais qui n'en est pas moins une réelle « méthode » d'application du droit<sup>201</sup>.

**93.** Rappelons que le mouvement de la « jurisprudence des intérêts » (*Interessenjurisprudenz*) s'est forgé à l'encontre de l'approche abstraite, conceptualiste du droit, dominante au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècles, à laquelle on reprochait d'être détachée des préoccupations sociales. Son fondateur, le privatiste Philipp Heck, a cherché essentiellement à offrir au juge des instruments lui permettant de concilier les impératifs de sécurité juridique, garantie par la dimension générale et abstraite de la loi, et de justice, soit la prise en considération du cas d'espèce. La « pesée ou pondération des intérêts » (*Interessenabwägung*) constitue l'instrument central de cette doctrine. En effet, pour Heck, les impératifs juridiques (*Gebote*) sont eux-mêmes les produits d'une pesée des intérêts effectuée par le législateur<sup>202</sup>. Aussi, pour apporter une solution au litige (envisagé comme conflit d'intérêts), le juge devrait procéder à l'appréciation des intérêts en présence et à l'estimation de leur valeur législative. Il est important de souligner que dans la conception de l'auteur, la pondération des intérêts effectuée par le juge ne signifie nullement l'abandon du principe de la légalité<sup>203</sup>. Car la pesée (judiciaire) des intérêts – qu'il envisage d'ailleurs principalement comme un instrument pour combler les lacunes de la loi (*Rechtslücke*), donc comme un instrument subsidiaire – doit respecter celle du législateur. A défaut d'une référence explicite, le juge doit respecter l'échelle des valeurs du législateur, celle-ci pouvant être dégagée de

<sup>200</sup> V. les observations formulées par M. RHEINSTEIN suite au rapport général de TUNC relatif aux « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 142 et s. Rapp. H. HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*, Berlin, Heymann, 1977, p. 4.

<sup>201</sup> CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 21<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2014, v<sup>o</sup> Begriffsjurisprudenz (« Methode der Rechtsanwendung »).

<sup>202</sup> V. M. BUERGISSER, J.-P. PERRIN, *Interessenjurisprudenz : statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement*, Exposé présenté au séminaire interdisciplinaire d'études juridiques, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 25 février 1988. On sait que JHERING avait donné le ton en affirmant que loin de procéder d'un système logique et abstrait de règles générales et préétablies, le droit résulte du conflit des intérêts en vue de leur reconnaissance : « le droit ne se reconnaît pas comme la vérité, il s'établit par la lutte des intérêts, non par la vertu de raisonnements et de déductions mais par l'action et l'énergie du vouloir en général » (R. VON JHERING, *L'évolution du droit*, trad. de la 3<sup>e</sup> éd., Paris, Chevalier-Maresq, 1901, p. 173 et s.). Comp. M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 307 : « Le droit civil (...) est un ensemble de règles de conduite qui cherchent à assurer dans telle ou telle relation sociale un équilibre entre les intérêts de chacun : ces intérêts sont mis en balance lors de l'élaboration de la règle et le compromis réalisé lors de son adoption ».

<sup>203</sup> L'intitulé de son fameux article est révélateur à ce propos : « Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue » (« jurisprudence des intérêts et fidélité à la loi »), *Deutsche Juristenzeitung* 10 (1905), p. 1140 et s. Comp. B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, th. Lyon,

l'édifice législatif. On comprend là que la « doctrine des intérêts » débouche naturellement sur la « doctrine des valeurs » (*Wertungsjurisprudenz*), dans la mesure où la pesée des intérêts implique la considération portée sur le jugement de valeur fait par le législateur<sup>204</sup>. En somme, l'identification de la pesée des intérêts législatifs est conçue comme une affaire de connaissance<sup>205</sup>, ce qui permet d'affirmer que le processus intellectuel mis en œuvre obéit aux canons d'une pensée rationnelle et scientifique<sup>206</sup>. Il faut préciser immédiatement<sup>207</sup> que Heck a bien envisagé des cas limites, tout à fait exceptionnels, où le juge pourrait procéder à une pesée des intérêts « autonome », c'est-à-dire fondée sur les propres valeurs du juge (*Eigenwertung*). Ici, le travail change de nature : la nature épistémologique de l'opération même de « *Eigenwertung* » (« appréciation propre, personnelle »), tant celle principale qui est l'œuvre du législateur que celle, subsidiaire, qui peut être l'œuvre du juge, serait affaire de philosophie et de morale<sup>207</sup>. Mais dans la pensée de Heck, la « *Eigenwertung* » constitue l'exception et non le principe. C'est ainsi que la « doctrine des intérêts » revendique être une méthode susceptible de conduire rationnellement la pensée lors de la production de jugements de valeurs.

Depuis le début des années 1900, la méthode de la pesée des intérêts (*Interessenabwägung*) a fait carrière, tout comme son corollaire « la doctrine des valeurs » (*das Werten, die Wertung*)<sup>208</sup>. Elle n'en fait pas moins l'objet incessant de critiques et de mises en garde sur les pouvoirs ainsi conférés au juge.

Il est important de souligner que, depuis ses débuts, la doctrine fait l'objet de deux lectures distinctes et oppose deux camps : d'un côté les partisans d'une

---

préf. F. FERRAND, Paris, Dalloz, 2001, n° 287 (qui, après s'être référée à la doctrine des intérêts, décrète que les décisions procédant d'une pesée des intérêts, ne sont en aucun cas arbitraires).

<sup>204</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 50 (note 172).

<sup>205</sup> « Die Ermittlung dieser gesetzlichen Werturteile ist Sache der Erkenntnis ».

<sup>206</sup> M. BUERGISSER, J.-P. PERRIN, art. préc. Comp. H. HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*, Berlin, Heymann, 1977, p. 7, qui sans se référer à la « doctrine des intérêts », s'essaie à démontrer comment les valeurs peuvent être trouvées de façon rationnelle : « Es soll versucht werden zu zeigen, wie Werte mit rationalen Denkmethode festgestellt werden können und welche Vernunftregeln ihr Gewicht, genauer gesagt ihre Vorzugswürdigkeit, bestimmen. Es soll damit nicht die Bedeutung des Gefühls für das Erfassen von Werten verkannt werden, sondern es soll gezeigt werden, daß auch die Vernunft einen Zugang zu ihnen hat, was für die juristische Wertung besonders wichtig ist ».

<sup>207</sup> M. BUERGISSER, J.-P. PERRIN, *ibid.*

<sup>208</sup> Cette fulminante carrière a été retracée récemment par J. RÜCKERT qui en dénonce les excès et les dangers : « Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder : Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel », JZ 2011, p. 913 et s.



pondération des intérêts conforme à la loi (*gesetzesloyale Interessenabwägung*), respectueuse du principe de la séparation des pouvoirs, et qui se situe donc dans la droite ligne des préceptes de Heck et de l'autre, les partisans d'une pondération des intérêts plus générale, dite sociale (*soziale Interessenabwägung*), qui tend à promouvoir le juge comme « ingénieur social »<sup>209</sup>. Les premiers insistent sur le respect dû à la loi et mettent en avant la règle générale, applicable à tous, les seconds insistent au contraire sur l'ouverture sociale, l'appréciation plus libre (*freiere Werten*) et le cas particulier<sup>210</sup>. Cette deuxième lecture n'est pas sans rappeler le mouvement du droit libre (*Freirechtsbewegung*) qui s'est constitué dès les premières années 1900, au moment même de la promulgation du BGB, et dont les principales figures sont l'Autrichien Eugen Ehrlich et les Allemands Stampe et Kantorowicz. On sait que la doctrine du droit libre visait à renverser la perspective traditionnelle qui veut qu'on parte de la loi pour aboutir (au moyen du syllogisme) à la décision, en considérant qu'il fallait poser d'abord la décision socialement bonne, ensuite la justifier en remontant vers l'ordonnancement juridique. Comme on l'a vu, « droit libre » et « intuitivisme judiciaire » peuvent être pris comme synonymes<sup>211</sup>. Or, comme il a pu être relevé, l'échec de l'École du droit libre est attribué précisément au fait qu'il lui manquait un instrument scientifique précis permettant de fonder la décision judiciaire sur autre chose que la personnalité des juges<sup>212</sup>. D'où le succès de la doctrine des intérêts défendue par Heck.

---

<sup>209</sup> J. RÜCKERT, art. préc., p. 916 (« In der Tat wurden beide Linien seit etwa 1900 vertreten – und so bis heute »).

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

<sup>211</sup> M. VILLEY, « Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », in *Etudes de logique juridique*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 10. Adde J. CARBONNIER, « Sociologie juridique, 1972-1973 » (d'après les notes prises au cours et avec l'autorisation de M. Jean CARBONNIER), Source BIU Cujas, p. 56 : « Le sentiment du juge est considéré [par cette doctrine du droit libre] comme supérieur à la logique ».

<sup>212</sup> D. SIMON, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 71 ; J. CARBONNIER, « Sociologie juridique, 1972-1973 » (d'après les notes prises au cours et avec l'autorisation de M. Jean CARBONNIER), Source BIU Cujas, p. 56 et s. : « A cette école, on a facilement reproché l'appel au sentiment : ne cède-t-elle pas au subjectivisme ? N'en revient-on pas à une "jurisprudence d'équité" qui fut en France le fléau de l'ancien droit ? ».

## 2. Le travail de précision au fil du temps

94. Pour sortir de l'impasse, ne devrait-on pas se garder de résumer les logiques en présence à l'alternative « syllogisme ou pondération des intérêts », celle-ci pouvant apparaître à bien des égards trop réductrice<sup>213</sup> ? C'est la question que suggère un auteur allemand<sup>214</sup>.

Celui-ci reconnaît qu'il existe un certain nombre de règles juridiques qui demandent expressément au juge de procéder à une pesée des intérêts en vue de concrétiser les notions-cadre ou standards<sup>215</sup>. Dans ces cas, il est incontestable que la pondération des intérêts est permise et le syllogisme non requis. En revanche, l'auteur estime que là où la pondération ne serait pas autorisée, il faudrait procéder à une subsumption, laquelle ne se résumerait pas à une mécanique simpliste comme on la présente généralement<sup>216</sup>.

L'auteur conçoit la subsumption comme la démarche suivant le schéma « Si..., Alors... » (*Wenn-Dann-Schema*), c'est-à-dire comme la précision des conditions légales d'application du texte (*Ausfüllung von Tatbestandsmerkmalen*) auxquelles les conséquences juridiques sont associées. C'est dire que lorsque les conditions d'application d'un texte (présupposé de la norme) sont formulées de façon vague, il n'est nullement fait appel au juge tout puissant (*Richterkönig*) ou à l'ingénieur social mais plutôt à un travail de précision dogmatique (*rechtsdogmatische Präzisierung*)<sup>217</sup>. Ce travail peut être défini comme le fait, pour le juge, de délimiter et d'élargir les

<sup>213</sup> V. en ce sens également mais avec d'autres conclusions : Th. RIEHM, *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, Argumentation – Beweis – Wertung*, Diss. München, München, C.H. Beck, 2006, p. 6 et s. L'auteur considère que le modèle de la pondération (« Abwägung ») n'est aucunement une alternative au modèle de la subsumption, dans la mesure où dans toutes les étapes de la subsumption, on trouverait des décisions découlant d'une comparaison (par ex. une comparaison des solutions découlant des différentes méthodes d'interprétation, etc.). C'est pourquoi il intègre la pondération ou comparaison dans le modèle de la subsumption. La démarche lui permet de placer la pondération au centre de l'application *pratique* du droit.

<sup>214</sup> J. RÜCKERT, « Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder : Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel », JZ 2011, p. 921 et s. (qui utilise le terme allemand de subsumption à la place de syllogisme).

<sup>215</sup> Pour un ex., v. le § 281, al. 2 BGB relatif aux dommages-intérêts en lieu et place de la prestation non fournie ou non fournie comme elle était due : « La fixation d'un délai est inutile si le débiteur se refuse sérieusement et définitivement à exécuter ou si des *circonstances* justifient, *eu égard aux intérêts des deux parties*, l'exercice immédiat du droit à dommages-intérêts » (nous soulignons).

<sup>216</sup> Rapp. Y. GAUDEMET, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Méthodes du juge, p. 1018 (« c'est qu'un syllogisme, avant de se résoudre, se construit (...) » ; il est question de « moments vraiment créateurs du raisonnement syllogistique »).

<sup>217</sup> J. RÜCKERT, « Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder : Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel », JZ 2011, p. 922.

groupes de cas prévus initialement par la norme au moyen de l'analogie et de la comparaison.

**95.** C'est ce que certains auteurs français ont appelé la « réduction progressive du standard juridique » en parlant de la pratique des tribunaux anglais<sup>218</sup> ou encore un travail de systématisation scientifique<sup>219</sup>. Pour l'auteur allemand, il s'agit ici d'un travail de concrétisation dans la ligne de la norme juridique elle-même, et par conséquent d'une décision d'après une « règle »<sup>220</sup>, bien que les procédés énumérés (analogie, comparaison) soient des procédés certes rationnels mais appartenant à la dialectique<sup>221</sup>. Ce qui est certain en tout cas, c'est que la dogmatique juridique coucourt à la formation de règles générales. En effet, la tâche spécifique de cette dernière est de systématiser le droit positif et de permettre l'applicabilité des normes juridiques générales à des cas particuliers. Pour ce faire, l'ensemble des règles légales et jurisprudentielles se voit regroupé en principes et en propositions générales. Tout en étant une activité de présentation ordonnée de la réglementation juridique, la dogmatique juridique cherche aussi à créer de nouvelles propositions de droit ou à les compléter. Elle a donc une triple fonction : « confirmative », « innovatrice » et « critique »<sup>222</sup>. Sa fonction principale consiste à rendre visibles et transparentes les ressemblances et les dissemblances, et par voie de conséquence à assurer le principe d'égalité devant la loi qui veut que les cas similaires soient traités de la même façon, que les situations différentes le soient différemment et les cas semblables de façon

---

<sup>218</sup> V. R. DAVID, obs. faites suite au rapport général de TUNC relatif aux « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 135 (qui déplore le rétrécissement de la liberté du juge).

<sup>219</sup> V. l'intervention de P. BELLET, retranscrite in *La logique judiciaire*, 5<sup>e</sup> colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967), Paris, PUF, 1969, p. 118 et s. L'auteur considère qu'en cas d'insuffisance de la loi, le juge doit procéder à un travail de systématisation scientifique, qu'il compte cependant parmi les procédés de création jurisprudentielle. Et l'auteur d'expliquer : « C'est, dans mon esprit, le procédé qui consiste à grouper les différents cas semblables et chercher à donner des solutions à l'aide des données pratiques de la vie courante, économique et sociale pour le plus grand bien de tous. Ce travail s'apparente à celui des sciences naturelles. Il s'agit de classer, de grouper, de comparer, et une fois qu'on a des classes, des groupes, des comparaisons et des catégories, de leur donner ou de leur affecter des caractéristiques, c'est-à-dire des solutions (...) ». Et d'ajouter : « Cette systématisation scientifique essentielle n'est pas possible si elle ne s'accompagne de la publication des décisions, d'une grande diffusion et, également, d'une critique doctrinale ».

<sup>220</sup> J. RÜCKERT, art. préc. (« Konkretisierungsarbeit in der Linie der Norm »).

<sup>221</sup> V. Y. GAUDEMET, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v<sup>o</sup> Méthodes du juge, p. 1019.

<sup>222</sup> R. STÜRNER, « Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik », *JZ* 2012, p. 11 (« konfirmative », « innovative », « kritische » Funktion).

quelque peu modifiée<sup>223</sup>. Aucun ordre juridique ne peut se passer d'une telle fonction, ce qui explique le succès et la longévité de cette discipline<sup>224</sup>.

96. Reste que la pensée dogmatique est beaucoup plus poussée en droit allemand qu'ailleurs ; elle constitue une véritable caractéristique de la culture juridique allemande<sup>225</sup>. Les fameux commentaires de lois (*Kommentare*) constituent la partie la plus tangible de ce phénomène : le § 242 BGB (principe de la bonne foi), par exemple, fait l'objet aujourd'hui de 365 pages d'analyse et de systématisation dans le « commentaire » (*Kommentar*) de Julius von Staudinger, qui a accompagné la codification allemande dès le début. C'est dire que l'approche dogmatique est encore prédominante aujourd'hui et constitue toujours le point de départ du raisonnement des juristes allemands (les juges inclus), surtout dans la résolution de cas pratiques, même si celle-ci peut se voir complétée par une pesée des intérêts ou des considérations d'utilité. En somme, il y a bien là en œuvre une activité rationnelle, sinon scientifique<sup>226</sup> qui garantit assurément la sécurité juridique<sup>227</sup>.

---

<sup>223</sup> *Ibid.*

<sup>224</sup> *Ibid.* Pour une défense du « dogmatisme » ou « conceptualisme » en droit français, v. M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*, t. I, Bruxelles, Bruylant, Paris, Sirey, 1963, p. 359 et s. (oppose le conceptualisme – entendu comme la recherche de la catégorie juridique à laquelle appartient le cas d'espèce et à laquelle la loi attache des conséquences juridiques – à l'équité arbitraire).

<sup>225</sup> R. STÜRNER, art. préc., relève lui aussi qu'il n'existe pas de véritable équivalent au constructivisme rigoureux du droit allemand et constate le manque d'intérêt et de plaisir pour un tel constructivisme dans les autres pays.

<sup>226</sup> P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », in P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, éd. Thémis, 2007, p. 13 et s., condamne une confusion fréquente entre le « rationnel » et le « scientifique ». Selon lui, toutes les démarches auxquelles donnent lieu le droit ne sont pas et ne peuvent pas être scientifiques. Comp. P. HÉBRAUD, « Rapport introductif », in *La logique judiciaire*, 5<sup>e</sup> colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967), Paris, PUF, 1969, p. 48 : « Le mouvement de va-et-vient qui, dans la réflexion judiciaire, se tourne alternativement vers le fait et le droit, le détail et l'ensemble, répond à la démarche générale de l'esprit scientifique qui, selon Bachelard, faisant jaillir la création du contrôle de la critique, réside en un constant effort de reprise en main des connaissances acquises, en vue de leur affinement et de leur prolongement ».

<sup>227</sup> Rappr. Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009/2010, n° 21.11 : « La bonne foi est l'exemple type de la notion cadre, au contenu flou, et donc à la grande souplesse, dont l'interprétation peut facilement évoluer avec le temps et les circonstances. (...) Dans chaque espèce, les tribunaux doivent actualiser et concrétiser in specie ce référent de base (la bonne foi ou son revers, la mauvaise foi), lui donner un contenu objectif et, ainsi, édifier ou renforcer une norme, sans en réalité de pouvoir discrétionnaire ».

## **CONCLUSION DU TITRE PREMIER – LE SPECTRE DE L'ARBITRAIRE DU JUGE : UN PRÉTEXTE ?**

97. Certains se sont demandé si le risque d'insécurité juridique tant décrié en France face à l'essor des notions-cadre ou standards n'était pas, plus qu'une crainte réellement ressentie, un prétexte invoqué par ceux qui refusent de voir le droit civil contemporain évoluer vers une plus grande souplesse – le mirage de l'insécurité juridique témoignant d'un attachement à une conception dépassée du rôle de la jurisprudence dans l'élaboration du droit positif<sup>228</sup>. Si tel était le cas, il faudrait en conclure que le parti pris pour une définition large du pouvoir discrétionnaire intégrant l'application des notions-cadre ne serait nullement progressiste. Il servirait principalement à brandir le spectre de l'arbitraire du juge. Il en serait autrement si le choix (déliéré et conscient) d'une définition large du pouvoir discrétionnaire était justifié par la volonté de consacrer un concept reflétant une liberté accrue du juge dans l'application du droit.

Au fond, en postulant que les notions-cadre ou standards sont une porte ouverte à la pure subjectivité du juge, à son arbitraire, à l'« intuitivisme judiciaire », la doctrine française a jeté un voile sur ces mécanismes qui est certainement à l'origine de la méfiance dont ils font l'objet.

A cela s'ajoute assurément la motivation succincte des décisions judiciaires françaises. Force est de constater en effet que la thèse de l'arbitraire est moins présente dans les systèmes de droit où les décisions font l'objet d'une motivation détaillée et longue, comme en droit allemand. Rappelons que les jugements pris en équité par les anciens Parlements n'étaient pas motivés : les raisons de leurs décisions étaient le plus souvent tues par les juges et elles étaient prises « ex causa ». Comme il a été relevé, cette voie ouverte à un large recours à l'équité était favorisée par le

---

<sup>228</sup> D. BAKOUCHE, « L'appel aux "notions-cadres" et le contrôle de la Cour de cassation (1<sup>ère</sup> partie) », LEXBASE HEBDO n° 73, 29 mai 2003, éd. Affaires.

secret des cours<sup>229</sup>. Ce facteur est peut-être à l'origine de l'amalgame fait entre l'équité et l'arbitraire, ou du moins un élément qui est venu renforcer cette assimilation<sup>230</sup>. Face à l'évolution du rôle du juge, de l'augmentation de ses pouvoirs, certains auteurs français suggèrent de prendre acte de ces évolutions et de les aménager de manière pragmatique plutôt que de se crisper sur celles-ci en niant la promotion du juge : « Le juge devient diseur de droit ? Il ne peut plus se contenter d'invoquer une légitimité purement technique. (...) Exigeons de lui une motivation plus rigoureuse »<sup>231</sup>.

---

<sup>229</sup> J. HILAIRE, « Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 114.

<sup>230</sup> Aujourd'hui encore, certains soutiennent que l'équité appartient à cette catégorie de notions impuissantes à asseoir une motivation : E. AGOSTINI, « L'équité », D. 1978, chron., p. 11. L'analyse de l'auteur est approuvée par A. PERDRIAU, « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de l'équité ? », *Gaz. Pal.*, 8 novembre 1996, p. 2 et s.

<sup>231</sup> A. GARAPON, « La question du juge », in *Les juges*, rev. Pouvoirs n° 74, 1995, p. 26 (dont les propos dépassent la seule problématique des notions-cadre). *Adde* F. DELPÉREÉ, « La légitimité du juge », in *Convergence of legal systems in the 21st century : general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law organized by the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 259 (qui relève que la légitimité du juge passe par un effort de motivation).

## TITRE II - LE « DUALISME » DU DROIT ALLEMAND

98. C'est en droit allemand qu'on trouve assurément le concept du pouvoir discrétionnaire (du juge) le plus élaboré. L'approche conceptuelle et méthodologique de la notion décrite plus haut conduit la doctrine à dissocier strictement le pouvoir discrétionnaire des notions juridiques indéterminées (*unbestimmte Rechtsbegriffe*), qui sont perçus comme deux techniques juridiques distinctes. Aussi considère-t-on généralement que lorsque le juge est amené à concrétiser, appliquer une notion juridique indéterminée, il n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*). La notion juridique indéterminée apparaît donc en droit allemand comme un concept spécifique, original, d'où l'idée de « dualisme ». Cette spécificité du droit allemand mérite un plus ample examen. Tel sera l'objet du premier chapitre (chapitre I).

On verra que le caractère élaboré du concept du pouvoir discrétionnaire, et par suite de la distinction opérée entre ce dernier et les notions juridiques indéterminées, n'a pas échappé au grief du « doctrinarisme » (chapitre II). Ce sera l'occasion de soumettre le « dualisme » à un test pratique et de vérifier s'il parvient à saisir la mouvance du donné social derrière les catégories juridiques. C'est à ce stade que le mouvement d'européanisation du droit privé reprendra également tout son intérêt. En effet, il s'agira de déterminer notamment si le concept allemand des notions juridiques indéterminées est viable à l'échelle du droit privé européen.

## CHAPITRE I - LA DISTINCTION STRICTE OPÉRÉE ENTRE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET NOTION JURIDIQUE INDÉTERMINÉE : PRÉSENTATION D'UNE THÉORIE

99. Alors que la doctrine allemande plus ancienne<sup>1</sup>, tout comme le législateur<sup>2</sup>, voyaient dans l'application par le juge des notions-cadre l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la doctrine dominante actuelle<sup>3</sup> rejette fermement la qualification de pouvoir discrétionnaire dès lors que le juge opère sur des faits juridiquement qualifiés (présupposé). Un pouvoir discrétionnaire s'appliquant au présupposé de la norme (*Tatbestandsersessen*) est majoritairement condamné et rejeté. Suivant une distinction forgée en droit administratif, les civilistes allemands opèrent ainsi une distinction entre la norme conférant un pouvoir discrétionnaire (*Ermessensnorm* ou *Ermessensermächtigung*), au sens défini ci-dessus, et la notion juridique indéterminée<sup>4</sup> (*unbestimmter Rechtsbegriff*)<sup>5</sup>. Le dualisme issu du droit administratif a

---

<sup>1</sup> G. RÜMELIN, « Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg, Lehmann, 1891, p. 52, 53. V. aussi les références citées par B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 72, 247.

<sup>2</sup> Sont exemplaires à ce titre les motifs relatifs au § 106 Entwurf I, devenu § 138 al. 1<sup>er</sup> BGB, qui vient frapper de nullité tout acte juridique contrevenant aux bonnes mœurs (« Gute Sitten ») : « Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist » (nous soulignons), v. Motive, in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. I, Berlin, Decker, 1899, p. 469.

<sup>3</sup> V. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 247 et s. ; D. BEHRENS, *Die Nachprüfbarkeit zivilrechtlicher Ermessensentscheidungen*, Diss. Kiel, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 26 et s. ; H. GÖPPINGER, « Das Ermessen des Richters », *JurJb* 9. Bd. 1968/69, p. 107. Les propos de K. ENGISCH (*Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 116 et s.) sont beaucoup plus nuancés : bien que l'auteur opère lui aussi une différenciation entre la notion indéterminée (« unbestimmter Rechtsbegriff ») et la notion discrétionnaire (« Ermessensbegriff »), il considère que la dernière peut se trouver aussi bien dans le présupposé de la norme qu'au niveau de son effet juridique.

<sup>4</sup> Le Tribunal fédéral suisse traduit également « unbestimmter Rechtsbegriff » par « concept juridique imprécis » : v. les références jurisprudentielles citées par J.-F. PERRIN, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 218.

<sup>5</sup> La distinction est rappelée et exposée comme point de départ de l'étude critique de F. RITTNER : « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 21 et s. V. également K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 106 et s. ; H. GÖPPINGER, « Das Ermessen des Richters », *JurJb* 9. Bd. 1968/69, p. 104 et s.



pénétré aussi bien la méthodologie juridique (*Methodenlehre*) que la théorie du droit civil (*Zivilrechtslehre*)<sup>6</sup>.

Tournée vers la démarche intellectuelle du juge, la doctrine allemande perçoit la concrétisation des notions juridiques indéterminées comme un exercice d'interprétation et de « complètement de la loi », distinct de l'exercice d'une faculté de choix caractéristique du pouvoir discrétionnaire (section I). Elle en déduit que lorsque le juge est amené à concrétiser des notions juridiques indéterminées, le juge n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire (*richterliches Ermessen*) mais dispose tout au plus d'une plus grande « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*). On verra que, malgré les apparences, le terme n'est pas exempt d'équivoque (section II).

## **SECTION I - LA CONCRÉTISATION DES NOTIONS JURIDIQUES INDÉTERMINÉES : UN ACTE D'INTERPRÉTATION ET DE « COMPLÈTEMENT DE LA LOI »**

**100.** Si les notions juridiques indéterminées ne sont pas appréhendées sous la notion de pouvoir discrétionnaire, c'est parce qu'elles appellent un raisonnement particulier du juge (§ 1) et parce que le jugement auquel elles donnent lieu a des effets particuliers (§ 2).

### **§ 1. MÉTHODE DU JUGE**

**101.** Tous deux caractéristiques de la liberté laissée au juge par le législateur, le pouvoir discrétionnaire et les notions juridiques indéterminées sont présentés comme deux techniques juridiques distinctes : dans le premier cas, la norme autorise le juge à faire un choix entre deux (voire plusieurs) solutions, toutes (deux) considérées comme justes (en droit) et juridiquement équivalentes ; dans le second

---

<sup>6</sup> C'est tellement vrai que le pouvoir discrétionnaire (« Ermessen ») et les notions juridiques indéterminées (« unbestimmte Rechtsbegriffe ») correspondent à deux rubriques distinctes dans les dictionnaires juridiques : v. par ex. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 21<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2014, v° Ermessen, v° Unbestimmte Rechtsbegriffe.

cas, en revanche, plusieurs solutions sont envisageables théoriquement<sup>7</sup> mais une seule est possible *de jure*. En effet, le législateur, bien que n'ayant pas défini la notion, n'en a pas moins une seule représentation de ce qui est juste<sup>8</sup>. La mission du juge consiste ici à conférer à ces notions juridiques indéterminées un certain contenu à partir des méthodes d'interprétation de la loi, si bien qu'une seule solution apparaîtra comme juste<sup>9</sup>. Notons que cette dernière affirmation rejoint bien l'analyse d'auteurs français. Dans son étude relative aux lacunes dites *intra legem* « correspondant aux normes-cadres ou clauses générales », le professeur Cornu affirme que « pour combler le vide de ces cadres, la loi compte ici seulement sur les ressources de l'interprétation judiciaire »<sup>10</sup>.

Il est vrai que la signification de notions indéterminées, telles que la « bonne foi », le « raisonnable », etc., ne saurait s'épuiser dans une définition, mais elle peut être saisie à partir d'exemples topiques. Le législateur qui utilise des notions-cadre raisonne toujours à partir d'exemples types, à propos desquels il existe un consensus général relatif à leur qualification juridique. Ces derniers confèrent une certaine orientation au juge. Cela est particulièrement visible dans les PDEC qui ont été accompagnés de notes et commentaires par leurs auteurs. La notion indéterminée reste donc déterminable par le fait d'une opération intellectuelle adéquate (interprétation).

**102.** Dans son travail de concrétisation de ces notions indéterminées, le juge est guidé en outre par les principes généraux et les valeurs qui dominent l'ordre juridique donné, qui correspondent à ce que Gény appelle « appuis imposés »<sup>11</sup>. Il

---

<sup>7</sup> C'est ce que démontrent la pratique des tribunaux et les controverses doctrinales à propos du sens à conférer à telle ou telle notion indéterminée. Mais c'est un constat qui vaut pour la plupart des termes juridiques, tels que la causalité, etc.

<sup>8</sup> Ce qu'un auteur allemand a résumé de façon parlante : « dabei kann es bei der Einordnung unter die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale nur ein "entweder - oder" [die Lösung kann gefunden oder verfehlt werden], nicht aber ein "sowohl - als auch" [die Lösung kann nicht gewählt werden] geben » (ce qui signifie que la décision du juge peut être exacte ou erronée, mais ne peut en aucun cas être choisie librement, dans le sens où plusieurs solutions seraient juridiquement fondées), v. R. STOFFEL, *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensentscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971, p. 50.

<sup>9</sup> Comp. A. RIEG, « Rapport français », in *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées Louisianaises)*, TAHC, t. XXIX, 1978 (Paris, Economica, 1980), p. 70 : « En effet, comme on a pu le dire, "d'un texte donné, une seule signification doit être considérée comme correcte et c'est dans la recherche de cette signification que consiste proprement l'interprétation" ».

<sup>10</sup> G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 136 et s., 187 et s.

<sup>11</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, préf. R. SALEILLES, 2<sup>e</sup> éd. rev. et mise au courant, t. 2, Paris, LGDJ, 1954, p. 319 (à propos des pouvoirs du juge dans le Code civil suisse).

puise dans cet ensemble les références lui permettant de légitimer son appréciation. Ce faisant, le juge est parfois amené à poser un jugement de valeur (*Werturteil*)<sup>12</sup>.

Ainsi qu'il a été souligné, le rôle du juge est donc à cheval sur l'interprétation et le « complètement de la loi »<sup>13</sup> : « le juge est associé par la loi à la création d'une règle de droit, laquelle ne prendra corps véritablement que par l'apport du juge »<sup>14</sup>. D'aucuns précisent immédiatement qu'on ne doit pas y voir la marque d'un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire<sup>15</sup>. En effet, le juge ne procède pas à une appréciation purement subjective mais s'inspire de plusieurs sources en vue de compléter la loi. La démarche adoptée par le juge pour concrétiser les notions indéterminées démontre que ce dernier « ne doit pas tout tirer de son cru ». « Le juge doit appliquer et suivre un critère juridique. Dans le développement progressif du contenu virtuel des “notions-cadres”, le juge ne pourrait se contredire, d'un jour à l'autre, d'une espèce à l'autre »<sup>16</sup>. Par conséquent, le jugement consécutif ne rend pas tant compte de l'appréciation personnelle (subjective) du juge que de la façon dont le cas d'espèce doit être apprécié en droit conformément au système de valeurs d'un ordre juridique donné<sup>17</sup>. Aussi fait-on remarquer qu'on ne saurait exiger, en présence de notions juridiques indéterminées, que la motivation juridique se présente sous une forme logique implacable, telle une preuve mathématique. Ici, motiver signifie justifier la décision à partir du droit en vigueur<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 110 et s. ; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 288 et s. ; G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 188 et s.

<sup>13</sup> G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 187. Rapp. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 293: « Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung (...) gehen hier miteinander einher, sind ein und derselbe Prozeß ». V. également A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 20 et s. ; 124 et s. (« gebundene Rechtsbildung »).

<sup>14</sup> G. CORNU, *ibid.*, p. 189.

<sup>15</sup> G. CORNU, *ibid.*, p. 188. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 114 : « Tatsächlich machen Unbestimmtheit und Normativität allein einen Begriff noch nicht zum Ermessensbegriff ».

<sup>16</sup> G. CORNU, *ibid.*, p. 188. Rapp. R. STOFFEL, *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensentscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971, p. 50.

<sup>17</sup> K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 291 ; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 124 et s. : selon l'auteur, si les notions indéterminées, les clauses générales et les notions discrétionnaires portent toutes la marque de l'équité (« ius aequum »), les notions indéterminées (tout comme les clauses générales) se distinguent des notions discrétionnaires en ce qu'elles requièrent une appréciation objective (« objektive Wertung ») et non une décision personnelle et subjective (« subjektiv-persönliche Entscheidung ») de la part du juge.

<sup>18</sup> K. LARENZ, *ibid.*, p. 293. Rapp. P. ORIANNE, « Les standards et les pouvoirs du juge », RRJ 1988-4, p. 1065.

Bien souvent, le législateur renvoie à un système extra ou parajuridique, lequel se trouve par là-même intégré à l'ordre juridique concerné<sup>19</sup>. Dans ce cas, le juge n'est lui-même qu'un « intermédiaire » : « à travers lui, la loi renvoie médiatement à d'autres sources que le juge aura mission d'appliquer, parfois d'apprécier, ou au moins de prendre en considération »<sup>20</sup>. Ainsi, seules les dispositions conférant un pouvoir discrétionnaire (*Ermessensvorschriften*) renverraient à une appréciation d'opportunité, tandis que les notions juridiques indéterminées, ou du moins les standards, renverraient à un modèle social de comportement<sup>21</sup>.

**103.** De la même façon et pour les mêmes raisons ci-dessus énoncées, la doctrine allemande dominante rejette la qualification de pouvoir discrétionnaire lorsque le juge fait application d'une « clause générale » (*Generalklausel*)<sup>22</sup>.

Contrairement aux notions juridiques indéterminées qui présentent une grande affinité avec le droit public, la problématique des clauses générales trouve sa source essentiellement en droit privé<sup>23</sup>. Les clauses générales bénéficient d'une attention particulière de la part des juristes de droit privé<sup>24</sup>. Il n'empêche qu'elles sont beaucoup moins nombreuses dans le BGB que les notions juridiques indéterminées, ce qui conduit à considérer que ce sont ces dernières qui constituent le réel enjeu, le véritable problème<sup>25</sup>.

La clause générale qui s'appuie précisément sur des termes généraux et sur des notions souples, élastiques, flexibles, se distingue de la notion juridique indéterminée (*unbestimmter Rechtsbegriff*) en ce qu'elle forme une règle juridique à part entière<sup>26</sup>. Entre la clause générale et la notion indéterminée, il n'y aurait qu'une différence

<sup>19</sup> H. WESTERMANN, *Diskussionsbeitrag, in Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 115 ; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 288 et s. ; dans le même sens Ph. JESTAZ, « Les standards dans les divers systèmes juridiques », in *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 24 et s.

<sup>20</sup> G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 136.

<sup>21</sup> Ce qu'indique leur dénomination doctrinale de « wertausfüllungsbedürftige Begriffe » (« terme nécessitant un jugement de valeur »). Sur la distinction, v. P. JUNG, « Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 40 et s. ; Ph. JESTAZ, « Les standards dans les divers systèmes juridiques », in *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 20 et s.

<sup>22</sup> V. P. JUNG, « Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 40. On peut même observer que le dualisme est défendu avec encore plus de vigueur à propos des clauses générales (« Generalklausel »), comme celle du § 242 BGB (v. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 248).

<sup>23</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 29.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 46 et s.

d'ordre quantitatif : en effet, les clauses générales sont proportionnellement plus indéterminées encore que les « notions-cadre » ; elles requièrent donc une précision ou concrétisation accrue<sup>27</sup>. Mais d'un point de vue méthodique, la plupart des auteurs considèrent qu'elles ne diffèrent pas des notions juridiques indéterminées<sup>28</sup>. En effet, la démarche intellectuelle exigée du juge en vue de son application serait identique à celle qu'il doit mettre en œuvre dans son travail de concrétisation des notions juridiques indéterminées ; la présence d'une « clause générale » ne conférerait pas au juge un « droit d'option » (*Wahlmöglichkeit*) donc une liberté de choix mais exigerait de lui une appréciation objective<sup>29</sup>.

## § 2. EFFET DU JUGEMENT

**104.** La différence entre les deux techniques juridiques peut se mesurer enfin à l'aune des effets des jugements ainsi rendus. Dans l'hypothèse d'un vrai pouvoir discrétionnaire autorisant le juge à déterminer librement l'effet juridique, le jugement n'a bien souvent d'intérêt que pour les parties au litige. Dans son essence, le pouvoir discrétionnaire apparaît comme étant très technique : il tend à résoudre de façon adéquate un certain cas d'espèce, sans implication majeure pour le système juridique. En revanche, en présence de notions indéterminées ou standards, le juge fait œuvre créatrice et la solution dégagée sera susceptible de s'appliquer à d'autres cas similaires.

Ce qui n'empêche pas de qualifier les standards de facteurs « d'individualisation judiciaire »<sup>30</sup>. En effet, il est communément admis que leur apport essentiel est leur extrême plasticité qui permet au droit de mieux saisir l'infinie diversité des faits et de mieux absorber dans des règles stables l'évolution

---

<sup>26</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 34.

<sup>27</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 33 et s. (« Generalklausel als “besonders” ausfüllungsbedürftige Norm »).

<sup>28</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 135 et s.

<sup>29</sup> Parmi d'autres : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 136.

<sup>30</sup> V. J.-S. NAVARRO, « Standards et règles de droit », RRJ 1988-4, p. 844 et les références citées.

sociale, économique ou technologique<sup>31</sup>. Certains n'ont pas manqué de soulever ce paradoxe : les standards apparaissent « comme un mélange de tendance généralisante et de vocation individualisante »<sup>32</sup>. En même temps qu'ils permettent une décision prise au plus près des faits de l'espèce, les standards sont de véritables matrices d'une « fonction normative » puisque « le juge ne détermine pas seulement la solution du cas d'espèce, mais également le contenu au fond de la notion qu'il applique »<sup>33</sup>. On peut y rattacher l'idée, déjà évoquée plus haut, que « le standard juridique, simple directive large et souple, arrive, à force de s'appliquer, à se préciser de plus en plus »<sup>34</sup>. Ce faisant, la marge d'appréciation des juges rétrécit : tandis qu'en présence de notions indéterminées, chaque décision revêt un caractère exemplaire pour de futures appréciations, et réduit corrélativement la marge d'appréciation pour l'avenir ; il n'en va pas de même en matière de pouvoir discrétionnaire<sup>35</sup>. Ainsi que l'a résumé un rapporteur général, la principale différence existant entre le pouvoir discrétionnaire et l'application de normes « à texture ouverte » réside dans l'absence d'influence de la décision discrétionnaire sur le système juridique<sup>36</sup>.

En définitive, l'approche conceptuelle (*begrifflich*) et méthodologique de la doctrine allemande la conduit à retenir une définition « restrictive » du pouvoir discrétionnaire, n'englobant pas les hypothèses où le juge doit faire face à l'indétermination du présupposé d'une norme juridique<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> V. parmi d'autres J.-L. BERGEL, « Avant-propos », RRJ 1988-4, p. 809 ; K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 126.

<sup>32</sup> V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 377.

<sup>33</sup> V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », RRJ 1991-3, p. 767 et s.

<sup>34</sup> M.-O. STATI, *Le standard juridique*, th. Paris, 1927, p. 146, cité par V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 377.

<sup>35</sup> K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 296 ; R. STOFFEL, *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensentscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971, p. 50.

<sup>36</sup> B. HESS, « Judicial Discretion », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 51 (avoue toutefois que la distinction est plus évidente dans le domaine du droit procédural que matériel). L'auteur ajoute que la seconde hypothèse évoque la production du droit par le législateur alors que la première évoque le pouvoir discrétionnaire de l'administration davantage orienté vers les circonstances du cas d'espèce.

<sup>37</sup> Un rapport néerlandais rejoint cette conception restrictive du pouvoir discrétionnaire en précisant qu'il n'y aurait pouvoir discrétionnaire que lorsque le juge serait investi de pouvoirs spécifiques pour intervenir dans le rapport contractuel qui unit les parties. Par contraste, les notions-cadre confèreraient au juge une grande liberté pour juger, mais elles seraient insuffisantes pour donner au juge un véritable pouvoir discrétionnaire ; liberté d'appréciation ne serait pas synonyme de liberté de décision : K. BROECKX, « The Discretionary Power of the Judge. Regional Report : Belgium, France, Italy, Netherlands », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 247.

En droit allemand, on enseigne ainsi que lorsque le juge précise ou concrétise une notion juridique indéterminée ou une clause générale, il n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*), mais aurait tout au plus une (simple) liberté (marge) d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*)<sup>38</sup>.

## **SECTION II - LA RECONNAISSANCE D'UNE « MARGE D'APPRÉCIATION » AU PROFIT DU JUGE : LA THÈSE DU « BEURTEILUNGSSPIELRAUM »**

**105.** La traduction en français du terme allemand « *Beurteilungsspielraum* » ne pose *a priori* aucune difficulté majeure : il désigne la « marge d'appréciation » (ou latitude de jugement<sup>39</sup>) conférée à l'agent d'application de la loi. Le mot « marge »<sup>40</sup> contient à la fois l'idée de latitude et de mesure car l'écart est limité, le « jeu » qui est accordé n'est pas illimité<sup>41</sup>. Toutefois, la simple traduction du terme est incapable de refléter le sens précis qui lui est conféré en droit allemand et les implications qu'il signifie. Il semble d'ailleurs que l'expression n'ait pas toujours la même portée en droit civil et en droit administratif. Il convient donc de préciser l'origine et la signification exacte du terme « *Beurteilungsspielraum* » tant il est répandu également dans la doctrine civiliste<sup>42</sup>. L'analyse prendra son point de départ en droit administratif car c'est ici que la thèse du « *Beurteilungsspielraum* » est née (§ 1). On s'interrogera ensuite sur le sens que confèrent les civilistes à l'expression « *Beurteilungsspielraum* » (§ 2).

Pour la compréhension, indiquons dès à présent que la notion de « *Beurteilungsspielraum* », issue du droit administratif, renvoie cette fois à la question du *contrôle* de la décision rendue en application de notions juridiques indéterminées. Jusqu'à présent et comme nous l'avons vu précédemment, cet aspect

---

<sup>38</sup> K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 293 et s.

<sup>39</sup> Telle est l'expression utilisée en Suisse pour traduire le terme allemand « *Beurteilungsspielraum* ».

<sup>40</sup> Du latin *margo, marginis* : bord.

<sup>41</sup> M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », RIDC 2000, p. 754.

<sup>42</sup> Sur l'emprunt fréquent des concepts administratifs en droit civil, v. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 92.

jouait un rôle secondaire (le constat vaut surtout pour le droit civil<sup>43</sup>) puisque la doctrine allemande a pris le parti de définir la notion de pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) de façon conceptuelle et méthodologique, l'amenant à dissocier le (véritable) pouvoir discrétionnaire, défini comme la liberté de choisir entre plusieurs conséquences juridiques, et la concrétisation des notions juridiques indéterminées, ne pouvant aboutir qu'à une seule solution juste en droit. Une fois le « dualisme » établi, la question du contrôle des deux types de pouvoirs passe au premier plan.

### **§ 1. SIGNIFICATION DU TERME « BEURTEILUNGSSPIELRAUM » EN DROIT ADMINISTRATIF**

**106.** La thèse du « Beurteilungsspielraum » est relativement récente puisqu'elle date de l'après-guerre (A). En substance, elle signifie que la décision de l'administration prise en application de notions indéterminées ne peut faire l'objet que d'un contrôle restreint par les juges (B).

#### **A. NAISSANCE DU TERME**

**107.** La thèse du « Beurteilungsspielraum » est l'œuvre du publiciste Bachof qui l'a développée dans un article paru en 1955<sup>44</sup>. Au moment où il publiait son article, le « dualisme » n'était pas encore appliqué de façon systématique par les juridictions administratives<sup>45</sup>. En témoignent certaines décisions de la Cour fédérale administrative, citées par l'auteur, et dont la plus représentative est celle en date du 10 mars 1954, qui qualifient les notions juridiques indéterminées de « notions discrétionnaires »<sup>46</sup>. Selon la logique de ces arrêts, la notion juridique indéterminée en cause conférait à l'autorité administrative un pouvoir discrétionnaire dans sa mise

---

<sup>43</sup> Pour le droit administratif, le § 114 VwGO (« Verwaltungsgerichtsordnung ») règle expressément le contrôle juridictionnel des décisions discrétionnaires des autorités administratives et spécifie les aspects (limités) qui peuvent être l'objet d'un examen par les juges.

<sup>44</sup> O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 97 et s.

<sup>45</sup> Il semblerait d'ailleurs que la Cour fédérale administrative ait été plus réticente à reconnaître et à mettre en œuvre le dualisme que les « cours administratives d'appel » (« oberste Verwaltungsgerichte ») des différents « Länder » : v. les exemples cités par l'auteur dans « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 97 et s.

<sup>46</sup> V. les références citées par O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 97 (qui reproduit aussi les motifs principaux de la décision en date du 10 mars 1954).



en œuvre au cas d'espèce, dont l'exercice ne pouvait donc faire l'objet que d'un contrôle limité. Cette jurisprudence est critiquée par Bachof qui déplore l'utilisation indifférenciée de la notion de pouvoir discrétionnaire en droit administratif allemand, telle qu'on la trouvait à cette date<sup>47</sup>.

Dans son fameux article, l'auteur propose de dissocier de façon plus nette les conditions légales de l'action de l'administration et la détermination des conséquences juridiques liées à la réunion de ces conditions. C'est rappeler qu'il y a dans la structure de la règle juridique une double détermination : celle du cas à régir et celle de la conséquence que l'autorité normative y attache ; la détermination de l'*hypothèse* et celle de l'*effet* qu'il lui est donné d'engendrer<sup>48</sup>. Prenant appui sur cette distinction, Bachof invite à départager les cas où la loi accorde à l'autorité administrative une liberté d'action (*Freiheit des Handelns*) en présence de certaines conditions définies de ceux où il est conféré à l'autorité administrative une marge d'appréciation concernant les conditions légales (*Beurteilung der Voraussetzungen*) de cette action justement<sup>49</sup>.

Selon l'auteur, si dans le premier cas, l'action de l'administration résulte d'un « acte de volition » (*Willensentscheidung*), la qualification des faits au regard des notions légales (*Subsumtion*) (deuxième cas) constitue en tout état de cause un « acte cognitif » (*Erkenntnisakt*), même si l'autorité dispose pour ce faire d'une certaine « marge d'appréciation »<sup>50</sup>. Il en conclut que la notion de pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) ne devrait être utilisée qu'en rapport avec la première hypothèse, c'est-à-dire dans les cas où l'autorité administrative dispose d'une liberté de choix de son action, d'où l'expression « *Handlungsermessen* »<sup>51</sup>.

Pour caractériser l'autre hypothèse, celle où l'autorité est amenée à apprécier les conditions légales de son action, il suggère d'utiliser le vocable « *Beurteilungsspielraum* » afin de marquer qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un pouvoir discrétionnaire<sup>52</sup>. Bien qu'il ne l'exprime pas expressément, les notions juridiques indéterminées relèvent, dans sa démonstration, de la dernière hypothèse.

---

<sup>47</sup> Article préc., p. 98.

<sup>48</sup> G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2007, n° 14, note 2.

<sup>49</sup> Article préc., p. 98.

<sup>50</sup> Article préc., p. 98.

<sup>51</sup> *Ibid.*

Les exemples jurisprudentiels qu'il relate de façon critique en amont et à la suite de ses propos le confirment. Au fond – et si l'on fait abstraction dans un premier temps de la notion de « Beurteilungsspielraum » à laquelle il attache des effets spécifiques (v. *infra*) – on l'aura compris, Bachof expose en substance le dualisme du droit administratif allemand, autrement dit la substance de la doctrine allemande du pouvoir discrétionnaire de l'administration, telle qu'elle existe aujourd'hui et qui a été reprise dans ses grandes lignes par les civilistes. Celle-ci peut être résumée comme suit : d'un côté, les notions juridiques indéterminées, conçues comme un ordre donné à l'agent d'appliquer le droit (*Rechtsanwendungsbefehle*) au niveau du présumé de la norme et de l'autre, le pouvoir discrétionnaire entendu comme la liberté de choisir et déterminer l'effet juridique<sup>53</sup>.

**108.** L'article de Bachof fait prendre conscience du fait que le dualisme, c'est-à-dire la dissociation effectuée entre le pouvoir discrétionnaire, opérant uniquement au stade de l'effet juridique, et les notions juridiques indéterminées, touchant *a priori* le présumé de la norme, est relativement récent. Il ne date que de l'après-guerre. Un auteur n'a pas manqué de souligner le poids de l'histoire sur la doctrine allemande du pouvoir discrétionnaire de l'administration<sup>54</sup>. En effet, après le second conflit mondial, l'Etat de droit commandait que l'action de l'administration soit intégralement déterminée par la loi. La théorie des notions juridiques indéterminées a permis au juge administratif allemand d'étendre son contrôle sur les motifs de l'acte et de circonscrire la définition du pouvoir discrétionnaire au niveau des seuls effets juridiques de la mesure<sup>55</sup>. C'est ainsi que les espaces de liberté reconnus traditionnellement au pouvoir exécutif du côté du présumé de la norme (motifs de l'acte) et appréhendés sous le terme de pouvoir discrétionnaire (ou notions discrétionnaires) se sont transformés en notions juridiques indéterminées intégralement soumises au contrôle juridictionnel après l'entrée en vigueur de

---

<sup>52</sup> *Ibid.*

<sup>53</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 256.

<sup>54</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 255 et s.

<sup>55</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, *op. cit.*, p. 255 et s.

l'article 19 al. 4 de la Loi fondamentale<sup>56</sup>, célébré comme couronnement de l'Etat de droit<sup>57</sup>.

Selon le même auteur, la période sombre du national-socialisme expliquerait que la question de la soumission de l'administration à la loi soit toujours empreinte d'une certaine méfiance vis-à-vis du pouvoir exécutif<sup>58</sup>. C'est dire que le pouvoir discrétionnaire de l'administration est ressenti davantage comme un « corps étranger » (*Fremdkörper*) dans le cadre de l'Etat de droit que comme un dispositif permettant de garantir la flexibilité de l'administration<sup>59</sup>. Par suite, les juridictions administratives ont veillé à ne pas conférer de pouvoir discrétionnaire à l'administration au niveau du présupposé de la norme, c'est-à-dire du côté des conditions légales de son action. La précision ou concrétisation des notions indéterminées est donc comprise (depuis lors) comme un acte de connaissance<sup>60</sup> (*Erkenntnisakt*), d'interprétation, qui ne peut aboutir qu'à *une seule* solution juste au cas particulier<sup>61</sup>. L'exercice étant considéré comme un processus de pure application du droit, il est l'objet d'un contrôle intégral de la part des juridictions<sup>62</sup>. Par opposition, le pouvoir discrétionnaire implique un acte de volonté se caractérisant par un choix au niveau de l'effet juridique<sup>63</sup>. Ici, l'administration ayant été autorisée à effectuer un choix entre plusieurs mesures également conformes à la légalité, elle détermine son action au cas particulier non pas uniquement sous l'angle de la légalité (*Rechtmäßigkeit*) mais surtout en fonction de considérations d'opportunité (*Zweckmäßigkeit*)<sup>64</sup>. Sa décision ne fait alors l'objet que d'un contrôle restreint, limité<sup>65</sup>.

---

<sup>56</sup> Rappelons que la Loi fondamentale allemande (« Grundgesetz ») date du 23 mai 1949. Son art. 19 al. 4 dispose : « Quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel (...) ». Sur l'obligation, découlant de ce texte, d'opérer un contrôle approfondi des décisions administratives, v. BVerwG 3. Senat, 21.12.1995, 3 C 24/94, n° 29-31 (qui se réfère à BVerfG 1. Senat (Beschluss), 17.4.1991, 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83).

<sup>57</sup> E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 11.

<sup>58</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 255.

<sup>59</sup> J. SCHWARZE, op. cit., p. 255.

<sup>60</sup> On pourrait parler également d'acte d'intelligence à l'instar de H. ROLAND, L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998, v° Jurisdictio (à propos du jugement syllogistique).

<sup>61</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 256 ; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17<sup>e</sup> Aufl., München, C.H. Beck, 2009, § 7, n° 29, p. 144.

<sup>62</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 256.

<sup>63</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 256 ; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 7 et s.

<sup>64</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 256 et s. ; H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 13 et s.

<sup>65</sup> Sur les modalités de ce contrôle juridictionnel, v. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 19 et s.

**B. UN TERME SIGNIFICATIF D'UN CONTRÔLE RESTREINT DE LA DÉCISION PRISE EN APPLICATION D'UNE NOTION INDÉTERMINÉE**

109. La question du contrôle juridictionnel de la décision administrative est précisément à l'origine de la thèse du « Beurteilungsspielraum » développée par Bachof. Cela n'est pas étonnant tant la question du pouvoir discrétionnaire est abordée, en droit administratif, moins en termes de rapports entre l'administration et le législateur qu'en termes de répartition des pouvoirs entre l'administration et le pouvoir judiciaire<sup>66</sup>. Tout en prônant une définition restrictive du pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*), l'expression devant être réservée selon ses dires aux hypothèses où l'autorité administrative dispose d'une liberté de choix au niveau de l'effet juridique, l'auteur considère que la présence de certaines notions juridiques indéterminées confère à l'administration une marge (ou liberté) d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*), c'est-à-dire un domaine d'appréciation et de décision propre ne pouvant faire l'objet d'un contrôle juridictionnel<sup>67</sup>.

On mesure ici à quel point la notion de « Beurteilungsspielraum » n'est pas seulement un choix terminologique permettant à l'auteur de marquer qu'en présence de notions indéterminées, l'autorité administrative n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*), puisqu'il s'agit en l'occurrence de deux procédés distincts : acte de connaissance d'un côté, acte de volonté de l'autre. Pour Bachof, ce choix terminologique a une incidence au fond ou plus exactement une incidence d'ordre procédural : reconnaître à l'autorité administrative une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*), c'est défendre en même temps l'idée que la décision de l'administration prise en application de notions indéterminées ne peut faire l'objet que d'un contrôle restreint par les juges.

Pour justifier sa thèse, Bachof avance qu'un certain nombre de notions juridiques indéterminées autorisent diverses appréciations (*Wertungen*). Ainsi, au regard de la seule logique juridique, l'idée suivant laquelle l'application de telles

---

<sup>66</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 255 ; B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 32.

<sup>67</sup> O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 99 et s. V. également H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 31.

notions ne saurait aboutir qu'à *une* seule solution juste au cas particulier ne saurait tenir, du moins dans sa généralisation<sup>68</sup>. Il ajoute que l'administration, plus proche des faits, dispose d'une expertise et d'une expérience plus grande que les juges qui justifierait qu'on lui accorde un propre ressort vis-à-vis des juridictions<sup>69</sup>. Concrètement, la logique conduit à considérer que dans les cas où il est impossible de dire avec certitude si une appréciation est juste ou fautive, où plusieurs points de vue (*Ansichten*) sont défendables en droit, il n'est pas souhaitable que les juridictions puissent imposer leur propre appréciation à la place de celle de l'administration ; que cette dernière doit disposer dans une certaine limite d'un pouvoir d'appréciation propre<sup>70</sup>. C'est dire que la décision prise par l'administration ne devrait pouvoir être corrigée que si elle dépasse les limites de cette « marge d'appréciation », autrement dit lorsque la décision n'est plus défendable.

**110.** Ce faisant, Bachof prend le soin de distinguer les deux processus qui vont de pair avec les notions juridiques indéterminées : d'une part, l'interprétation (*Auslegung*) de la notion et d'autre part, la qualification des faits au regard de celle-ci, c'est-à-dire l'application de la notion au cas d'espèce (*Subsumtion*). L'appellation courante de notion *juridique* indéterminée serait trompeuse selon lui, dans la mesure où l'adjectif « juridique » insinuerait que l'application d'une telle notion constituerait une question de droit soumise intégralement au contrôle juridictionnel<sup>71</sup>. Or, si l'affirmation est incontestable à propos de l'*interprétation* de la notion indéterminée, elle lui paraît critiquable à propos de l'*application* de ladite notion *au cas concret*. Pour l'auteur, il ne fait aucun doute que l'interprétation des notions indéterminées est une question de droit et en ce sens pleinement contrôlable par les juridictions. Le travail consisterait ici à déterminer le sens de celles-ci à partir des méthodes habituelles d'interprétation ; une tâche qui revient naturellement aux juges. Il en irait autrement concernant l'application de telles notions au cas particulier. Selon Bachof, le simple constat qu'il s'agisse d'une notion légale ne préjugerait en rien la question

---

<sup>68</sup> O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 99 et s. Pour l'auteur, cela serait particulièrement vrai pour ce qu'il appelle les notions appelant un jugement de valeur (« Wertbegriffe »). Concernant ce qu'il appelle les notions faisant appel à l'expérience (« Erfahrungsbegriffe »), il admet, en théorie du moins, que le législateur n'ait envisagé qu'une seule solution juste, mais que en pratique, la thèse ne soit pas tenable.

<sup>69</sup> O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 100.

<sup>70</sup> O. BACHOF, *op. cit.*, p. 99.

du contrôle de son application au cas concret. C'est précisément à ce stade du raisonnement, celui de l'application de la notion juridique indéterminée au cas particulier, qu'il envisage de conférer à l'autorité administrative ce qu'il appelle une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*)<sup>72</sup> ; la décision prise sur ce fondement ne pouvant alors faire l'objet que d'un contrôle restreint par les juridictions.

En définitive, on comprend que la thèse défendue par Bachof tend principalement à déterminer qui doit décider en dernier ressort, en d'autres termes, à qui appartient le dernier mot : à l'administration ou au juge ?<sup>73</sup> Bien qu'au final, l'hypothèse du pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) et celle du « Beurteilungsspielraum » se recoupent dans leurs effets (contrôle juridictionnel limité), elles n'en procèdent pas moins de deux logiques différentes. Selon l'analyse, le pouvoir discrétionnaire est axé (directement) sur la liberté (certes limitée) de l'administration ayant pour conséquence une limitation du contrôle juridictionnel<sup>74</sup>. De son côté, la liberté d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*) repose sur les capacités limitées qu'ont les juridictions de refaire le cheminement de pensée de l'autorité administrative au stade de la qualification juridique (*Subsumtion*). Dans ce dernier cas, le gain de liberté de l'administration n'est qu'une conséquence pratique de cet état de fait<sup>75</sup>. Comme le résume l'auteur lui-même, la définition courante du pouvoir discrétionnaire, entendu comme le choix entre plusieurs comportements possibles en droit, ne correspond pas du tout à ce qu'il suggère d'appeler la « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*). En effet, dans ce dernier cas, l'autorité administrative ne choisit pas à proprement parler son comportement ; les diverses possibilités de son action ne constituent que la conséquence (inévitable) des différentes appréciations possibles<sup>76</sup>.

---

<sup>71</sup> Article préc., p. 98. Dans le même sens : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 121.

<sup>72</sup> Aujourd'hui encore, la doctrine majoritaire limite la portée de la thèse du « Beurteilungsspielraum » au stade de la subsumption uniquement : v. E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 45.

<sup>73</sup> Comp. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 6 : « Soweit der Verwaltung ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zusteht, hat sie das Recht zur "Letztentscheidung" » et n° 56.

<sup>74</sup> V. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 115, qui reprend la substance de la thèse de BACHOF.

<sup>75</sup> K. ENGISCH, op. cit.

<sup>76</sup> O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 98 : « Auch paßt die übliche Definition des Ermessens als "Wahl zwischen mehreren rechtlich

**111.** Sur le plan conceptuel, il faut donc retenir les enseignements suivants : l'expression de pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) doit être réservée au seul cas où l'administration dispose d'une liberté de choix du côté de l'effet juridique. Dès lors que l'autorité administrative dispose d'une certaine latitude de jugement en raison d'une notion juridique indéterminée (supposée apparaître dans le présumé de la norme), il ne s'agit pas d'un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) mais d'une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*). Cette « marge d'appréciation » est conçue comme une forme autonome de liberté de l'administration dans l'application du droit qu'il faut distinguer du pouvoir discrétionnaire<sup>77</sup>. En définitive, le « *Beurteilungsspielraum* » est à la fois un concept spécifique et une construction dogmatique spécifique visant à appréhender un espace de liberté de l'administration existant du côté du présumé de la norme<sup>78</sup>. Il implique en même temps que les juges doivent respecter cet espace de liberté conféré à l'administration, ce qui se traduit en pratique par un contrôle restreint de la décision administrative. On a vu que sa consécration était étroitement liée aux évolutions de la doctrine du pouvoir discrétionnaire depuis le début des années cinquante<sup>79</sup>. Pour une meilleure visualisation, on peut résumer les enseignements à l'aide des schémas suivants.

---

möglichen Verhaltensweisen” gar nicht auf den Beurteilungsspielraum ; denn hier “wählt” die Behörde nicht ihr Verhalten, vielmehr ergeben sich die verschiedenen Möglichkeiten ihres Verhaltens allein als (insoweit zwangsläufige) Folge der verschiedenen Beurteilungsmöglichkeiten ».

<sup>77</sup> E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 33 (« eigenständige Art eines Freiraums der Verwaltung bei der Gesetzesanwendung »).

<sup>78</sup> E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 52 (« Beurteilungsspielraum als gesonderte begriffliche Erfassung und gesonderte dogmatische Konstruktion einer Lockerung der Rechtsbindung der Verwaltung im Bereich der tatbestandlichen Voraussetzungen des Verwaltungshandelns »).

<sup>79</sup> V. également E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 52.

Espaces de liberté conférés à l'administration par la norme juridique :

#### NORME JURIDIQUE

PRÉSUPPOSÉ ( <i>Tatbestand</i> )	EFFET JURIDIQUE ( <i>Rechtsfolge</i> )
Notion juridique indéterminée ( <i>Unbestimmter Rechtsbegriff</i> )	Pouvoir discrétionnaire ( <i>Ermessen</i> )

#### CONTRÔLE JURIDICTIONNEL

PRÉSUPPOSÉ ( <i>Tatbestand</i> )	EFFET JURIDIQUE ( <i>Rechtsfolge</i> )
Principe : contrôle intégral	Contrôle restreint
Exception : contrôle restreint car reconnaissance, au profit de l'administration, d'une « marge d'appréciation » ( <i>Beurteilungsspielraum</i> )	

Ces précisions terminologiques sont d'autant plus importantes que la doctrine administrative dominante s'est ralliée à la thèse du « *Beurteilungsspielraum* »<sup>80</sup>. Il faut relever cependant qu'il existe aujourd'hui une forte propension chez les auteurs à considérer que la présence d'une notion juridique indéterminée ne suffit pas à elle seule pour conférer à l'administration une telle « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*), ne pouvant faire l'objet que d'un contrôle restreint de la part des juridictions<sup>81</sup>. C'est ce qui ressort également du schéma ci-dessus. D'aucuns soulignent qu'un tel pouvoir d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*) ne peut exister qu'en vertu d'une habilitation expresse de la part du législateur, dénommée « normative Ermächtigung »<sup>82</sup>. C'est aussi la position de la jurisprudence administrative.

Les juridictions administratives ont reconnu elles aussi qu'il existait certaines notions pour lesquelles le dogme de l'unique décision juste au cas d'espèce n'était

<sup>80</sup> V. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 33 ; F. KOPP, U. RAMSAUER, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9<sup>e</sup> Aufl., München, C.H. Beck, 2005, § 40.

<sup>81</sup> V. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 33 et les références citées.



que pure fiction<sup>83</sup>. La première décision significative en ce sens est celle de la Cour fédérale administrative rendue en 1971<sup>84</sup>. Dans les motifs de sa décision, la Cour a admis que la notion indéterminée à laquelle était confrontée l'autorité administrative pouvait donner lieu à plusieurs solutions, puisqu'était envisageable toute une palette de décisions (*Entscheidungsbandbreite*), toutes défendables en droit. La Cour en a déduit que dans ce cas, la décision prise par l'autorité administrative ne pouvait faire l'objet que d'un contrôle limité.

Il reste toutefois que la reconnaissance d'une telle « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) au profit de l'autorité administrative demeure exceptionnelle : en principe, l'application faite par l'administration des notions juridiques indéterminées est l'objet d'un contrôle judiciaire intégral<sup>85</sup>. Aussi faut-il se garder de confondre notion juridique indéterminée et reconnaissance d'une « marge d'appréciation » : à chaque notion indéterminée ne correspond pas forcément un tel espace de liberté (*Beurteilungsspielraum*). Ce constat amène certains publicistes à dire que la thèse du « *Beurteilungsspielraum* » a surtout un intérêt théorique : elle permettrait de reconnaître à l'administration, du moins en principe, une certaine latitude de décision (*Entscheidungsspielraum*) du côté du présupposé de la norme juridique<sup>86</sup>.

---

<sup>82</sup> *Ibid.* C'est aussi la thèse défendue par BACHOF qui souligne que seules certaines notions juridiques indéterminées confèreraient à l'administration une marge d'appréciation. Il s'agirait là selon lui d'un phénomène exceptionnel. V. son article préc., p. 100.

<sup>83</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 258.

<sup>84</sup> Les passages clés de la décision sont reproduits dans J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, Nomos, 2005, p. 258 et s. La Cour énonce clairement : « Die Vorstellung, daß bei der Anwendung des Begriffs der Eignung zur Jugendgefährdung nur eine richtige Lösung möglich sei, erweist sich als eine Fiktion ». La décision est citée également par A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 53, note 172, qui confond cependant la Cour fédérale administrative (« Bundesverwaltungsgericht ») avec la Cour constitutionnelle (fédérale) (« Bundesverfassungsgericht »).

<sup>85</sup> En témoigne la jurisprudence relatée par H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, op. cit., § 7, n° 35. V. également J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 259.

<sup>86</sup> J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., p. 259.

## **§ 2. SIGNIFICATION DU TERME « BEURTEILUNGSSPIELRAUM » EN DROIT CIVIL**

**112.** La thèse dite du « Beurteilungsspielraum » ayant été construite spécialement au vu des rapports entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, on peut douter dans un premier temps de son utilité pour le droit civil. Certains civilistes considèrent ainsi que les arguments qui ont amené à la reconnaissance d'une telle marge d'appréciation au profit de l'autorité administrative dans l'application des notions juridiques indéterminées ne sauraient être reportés sur la matière du droit civil. Ils seraient spécifiques au droit administratif<sup>87</sup>. Comme il vient d'être dit, les marges de liberté conférées à l'administration sont bien souvent justifiées par l'idée que celle-ci est plus proche des faits et dispose d'une expertise plus grande que les juges, de sorte qu'elle doit pouvoir décider en premier et dernier ressort (*Letztentscheidungsbefugnis*)<sup>88</sup>. A ces arguments, s'ajoutent des considérations « fonctionnelles » qui renvoient au principe de la séparation des pouvoirs : dans le concert des trois pouvoirs, chaque pouvoir devrait respecter les attributions des autres pouvoirs et disposer de compétences propres<sup>89</sup>. Or, fait-on remarquer, les rapports entre pouvoir administratif et pouvoir judiciaire ne sont pas comparables aux rapports entre juge du fait et juge du droit<sup>90</sup>. Aussi, la thèse du « Beurteilungsspielraum » est-elle considérée par certains comme une institution spécifique du droit administratif qui n'aurait aucun lieu d'être en droit civil<sup>91</sup>. Pour éviter toute confusion, certaines voix plaident d'ailleurs pour un abandon du vocable « Beurteilungsspielraum » en droit civil<sup>92</sup>.

**113.** Mais encore faut-il bien s'entendre sur une telle revendication. Il convient de souligner tout d'abord que les civilistes qui rejettent la thèse du « Beurteilungsspielraum » pour leur matière sont toutefois favorables au « dualisme » du droit administratif, donc à la distinction entre concrétisation d'une notion juridique indéterminée et exercice d'un pouvoir discrétionnaire. L'explication qui est donnée

---

<sup>87</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 177 et s., spéc. p. 180, 184 et 217 et s.

<sup>88</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 180.

<sup>89</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 163 et s., 181.

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>91</sup> *Ibid.*, p. 145, 183 et s.

est que contrairement au « dualisme », la thèse du « Beurteilungsspielraum » ne reposerait pas sur des considérations d'ordre méthodologique, donc généralisables à toute branche du droit<sup>93</sup>.

Il n'empêche que la question d'une éventuelle marge d'appréciation dans le travail de concrétisation des notions juridiques indéterminées se pose aussi en droit civil, sous l'angle de la cassation (*Revisibilität*) cette fois<sup>94</sup>. A ce titre, les civilistes hostiles à la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum » font remarquer qu'en droit civil, aussi bien l'*interprétation* (*Auslegung*) que l'*application au cas concret* (*Subsumtion*) des notions juridiques indéterminées par les juges du fond sont l'objet d'un contrôle (intégral) de la part de la juridiction du droit (*Revisionsgericht*)<sup>95</sup>. On reconnaît toutefois que la question est sujette à controverse à propos de l'*application* de la notion juridique indéterminée au cas particulier<sup>96</sup>.

**114.** Or reconnaître au juge du fond une marge d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*) dans l'application d'une notion indéterminée peut signifier deux choses : soit que le juge du fond est souverain en raison du fait que l'appréciation en ce domaine est contingente, trop dépendante de situations factuelles, rendant difficile toute abstraction (sens *a minima*) (A) ; soit qu'il existe des éléments de volition dans le processus de concrétisation, ce qui viendrait relativiser par là-même l'idée suivant laquelle l'application d'une notion juridique indéterminée au cas d'espèce ne peut donner lieu qu'à une seule solution juste en droit (sens *a maxima*) (B). On mesure ici l'importance de déterminer la signification exacte que la doctrine et la jurisprudence civilistes confèrent à l'expression « Beurteilungsspielraum ».

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 170, 180.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 177.

<sup>95</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 177 (avec d'autres références).

<sup>96</sup> Même s'il faut avouer qu'il est souvent difficile en pratique de dissocier l'interprétation et l'application au cas concret (« Subsumtion »), les deux éléments formant alors un processus unitaire.

### **A. UN POUVOIR SOUVERAIN DES JUGES DU FOND LIÉ À LA PRÉPONDÉRANCE DES APPRÉCIATIONS D'ORDRE FACTUEL**

115. Tout d'abord, une telle « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) pourrait résulter du fait que dans l'application d'une telle notion, les considérations de fait prennent une telle ampleur que le juge du droit refusera de contrôler l'affirmation suivant laquelle le cas d'espèce tombe ou non dans le champ d'application de la notion. Cette marge d'appréciation renverrait alors à la figure française du pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond qui repose sur la distinction entre le fait et le droit : « l'appréciation des juges du fond est souveraine là où elle échappe au contrôle du droit »<sup>97</sup>. Comme l'ont relevé à juste titre plusieurs auteurs, en pratique, il est bien souvent difficile de dissocier l'interprétation de la notion indéterminée proprement dite et son application au cas concret<sup>98</sup> : en effet, c'est au gré des espèces que le contenu de ces notions générales se précisera peu à peu, cas par cas, à tel point que cette méthode du coup par coup peut faire imaginer que le travail du juge se réduit *in casu* à une appréciation de pur fait<sup>99</sup>. Interprétation et qualification des faits sont étroitement liées puisque chaque application de la notion au cas particulier constitue en même temps une interprétation de celle-ci<sup>100</sup>. On l'a vu, avec le temps et au fur et à mesure des applications concrètes, la marge d'interprétation du juge se rétrécit, ce qui fait dire aux auteurs qu'il y a là la preuve qu'il ne s'agit pas ici d'un pouvoir discrétionnaire.

C'est dans ce sens que Barbara Stichelbrock, auteur d'une étude sur le pouvoir discrétionnaire du juge dans le procès civil, répertorie un certain nombre de décisions de la Cour suprême allemande, restant marginales, qui refusent de contrôler la qualification des faits (*Subsumtion*) opérée par les juges du fond au regard de la notion indéterminée (1)<sup>101</sup>. Cette analyse sera soumise à un examen critique (2).

---

<sup>97</sup> Comp. l'art. L 311-1 al. 2 COJ : « La cour d'appel statue souverainement sur le fond des affaires ».

<sup>98</sup> Sur la distinction entre le « complètement de la notion-cadre » et l'application subséquente de celle-ci, v. Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legalis*, th. Paris II, 1985, p. 97.

<sup>99</sup> G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 188 ; B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozess*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 137, note 537 (avec d'autres références).

<sup>100</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 136.

<sup>101</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 178 et s., spéc. p. 180.

### 1. *Eingeschränkte Revisibilität vs. Beurteilungsspielraum*

116. Selon M<sup>me</sup> Stichelbrock, il serait impropre de parler en l'occurrence d'un « Beurteilungsspielraum » au sens où ce vocable est entendu en droit administratif : l'absence de contrôle de la part de la Cour suprême ne tiendrait pas à des raisons liées à la répartition des pouvoirs mais résulterait de considérations tenant au but de la cassation (*Revisionszweck*)<sup>102</sup>. En effet, la principale justification avancée dans les décisions qui reconnaissent l'existence d'une restriction apportée au contrôle des notions indéterminées tient au but de la cassation<sup>103</sup>. Or celui-ci consiste à assurer l'unité du droit<sup>104</sup>. Par suite, lorsque l'application d'une notion juridique indéterminée dépend principalement de considérations de fait, atypiques le plus souvent, on considère qu'elle ne peut faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour suprême, la décision n'ayant aucun caractère exemplaire. Il en va de même en droit français : la qualification sera abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond si les appréciations d'ordre factuel sont prépondérantes<sup>105</sup>. De même, la possibilité d'unification de l'application de la règle de droit est également un critère déterminant du contrôle<sup>106</sup>.

En revanche, la précision de la définition légale ne constitue pas un critère déterminant<sup>107</sup>, ce qui montre l'importance des considérations politico-juridiques. Ces constats conduisent l'auteur à affirmer que dans ces cas, il convient de parler de « décision insusceptible de contrôle » ou plus exactement de « décision ne pouvant faire l'objet que d'un contrôle restreint » (*eingeschränkte Revisibilität*) et non de « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*)<sup>108</sup>. Et l'auteur d'ajouter que cette analyse se verrait corroborée par la jurisprudence civile qui aurait réussi à se passer quasiment de la figure juridique du « Beurteilungsspielraum »<sup>109</sup>. Contrairement au droit administratif, on ne trouverait pas, dans la jurisprudence civile, des catégories

<sup>102</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 180, 184.

<sup>103</sup> D. BEHRENS, *Die Nachprüfbarkeit zivilrechtlicher Ermessensentscheidungen*, Diss. Kiel, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 26 et s. (qui souligne que la « marge d'appréciation » (« Beurteilungsspielraum ») n'est que la conséquence et non la raison pour le contrôle restreint des notions juridiques indéterminées) ; B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 178 et s.

<sup>104</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 178.

<sup>105</sup> X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond » : v. les actes de la conférence du 2 février 2009 tenue à la Cour de cassation sur ce thème, reproduits dans Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009.

<sup>106</sup> X. BACHELLIER, *op. cit.*

<sup>107</sup> X. BACHELLIER, *op. cit.*

<sup>108</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 184.

de cas où une telle « marge d'appréciation » serait reconnue au juge du fond, ce dont on se félicite<sup>110</sup>.

## **2. Appréciation**

**117.** S'il est vrai que l'absence de contrôle des notions juridiques indéterminées par la Cour suprême tient en grande partie à l'ampleur des considérations de fait dans l'appréciation des juges du fond, l'affirmation suivant laquelle la jurisprudence civile n'aurait quasiment aucun recours à la figure juridique du « Beurteilungsspielraum » est contestable. Force est de constater en effet que les tribunaux civils ont recours de plus en plus fréquemment à l'expression « Beurteilungsspielraum » en rapport avec les notions juridiques indéterminées. Ce qu'il importe alors de déterminer est la façon dont la jurisprudence civile entend ce terme. La réponse n'est pas aisée. Il semble qu'il faille distinguer deux hypothèses : d'une part, les cas où la jurisprudence civile est amenée à faire une application pure et simple des principes administratifs (a), d'autre part, les cas de figure qui relèvent d'une logique propre au droit civil (b).

### ***a) Application pure et simple des principes administratifs par la jurisprudence civile***

**118.** Parfois, les tribunaux civils ont à connaître certaines affaires dans lesquelles une administration ou un office (*Behörde*) est impliqué. Ce dernier peut être amené à mettre en œuvre une notion juridique indéterminée dans le cadre de sa mission. Il est intéressant de constater que dans cette hypothèse, les tribunaux civils font usage du concept du « Beurteilungsspielraum » tel qu'il prévaut en droit administratif.

Bien souvent, se pose la question de savoir si l'office en question a correctement interprété et appliqué telle notion juridique indéterminée ; en même temps, se pose la question de l'étendue du contrôle pouvant être effectué par le juge.

---

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 183.

Tout dépend de savoir si l'office en question disposait ou non d'une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) dans l'application de la notion. Dans leur jugement, les tribunaux civils prennent appui parfois explicitement sur le droit administratif pour énoncer que en principe, l'administration (*Behörde*) ne dispose pas d'une telle « marge d'appréciation », pour en déduire que la décision prise par celle-ci peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel approfondi<sup>111</sup>. Lorsqu'elle n'est pas explicite, la référence aux principes du droit administratif est implicite : l'existence d'une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) au profit des administrations est présentée comme une exception ; les juges ne manquent pas de souligner que les notions juridiques indéterminées ne confèrent pas à elles seules à l'administration une « marge d'appréciation » ne pouvant faire l'objet que d'un contrôle limité ; pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que d'autres conditions (strictes) soient remplies<sup>112</sup>. Ici, le vocable « *Beurteilungsspielraum* » est utilisé dans le sens précis où il est entendu en droit administratif.

**119.** De la même façon, on peut observer un alignement de la jurisprudence civile sur la jurisprudence administrative lorsqu'il est question de l'aptitude d'un candidat à exercer une certaine fonction. C'est un cas de figure où la jurisprudence administrative reconnaît exceptionnellement une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) à l'autorité administrative chargée d'apprécier la notion juridique indéterminée d'aptitude personnelle et professionnelle du candidat. Dans le même contexte, la jurisprudence civile part du principe de l'existence d'une « marge d'appréciation » au profit de l'autorité en charge de concrétiser la notion juridique indéterminée d'aptitude personnelle et professionnelle d'un candidat<sup>113</sup>. Comme le souligne la Cour suprême elle-même, ces cas exceptionnels où il est reconnu un

---

<sup>110</sup> *Ibid.*

<sup>111</sup> V. par ex. BGH Kartellamt (Beschluss), 14.8.2008, KVR 42/07 (Rhein Hessische Energie), n° 50 et s., spéc. n° 51.

<sup>112</sup> V. par ex. BGH Kartellamt (Beschluss), 5.10.2010, EnVR 49/09 (Gasnetzzugangentgelte), n° 8.

<sup>113</sup> V. par ex. BGH 4. Zivilsenat (Beschluss), 19.12.2007, IV AR (VZ) 6/07, n° 21 (« Insolvenzverwalterauswahl » : choix d'administrateurs judiciaires) ; BGH Senat für Notarsachen (Beschluss), 22.3.2010, NotZ 21/09, n° 8 (« persönliche Eignung des Notarbewerbers » : appréciation de l'aptitude personnelle d'un candidat aux fonctions de notaire).

« Beurteilungsspielraum » à l'office concerné s'expliquent par le fait qu'il s'agit en l'occurrence de jugements de valeur difficilement saisissables *a posteriori*<sup>114</sup>.

Plus fondamentalement, rappelons que la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum » repose sur le constat qu'il n'est pas possible de dégager une seule solution juste au cas d'espèce, qu'il existe, dans une certaine limite, toute une palette de solutions défendables<sup>115</sup>. C'est dire qu'il y a dans l'application de la notion indéterminée une part de subjectivisme assumée. Ici, l'acceptation du terme « Beurteilungsspielraum » va plus loin que la reconnaissance d'une limite inhérente à la distinction entre le fait et le droit : elle signale une liberté d'appréciation certes encadrée mais souveraine (au sens d'un pouvoir d'appréciation propre cette fois, qui ne saurait être remis en question)<sup>116</sup>.

### ***b) Cas de figure relevant d'une logique propre au droit civil***

**120.** En dehors des cas de figure qui présentent une grande similarité avec ceux du droit administratif, la jurisprudence civile a recours également à l'expression « Beurteilungsspielraum ». Ici, il n'est pas certain que le vocable soit utilisé exactement dans le sens où il est entendu par la jurisprudence administrative. Son utilisation est fréquente dans les décisions concernant le droit au bail (*Mietrecht*). La Cour suprême a jugé à plusieurs reprises que l'*application* (par opposition à l'interprétation) d'une notion juridique indéterminée au cas d'espèce confère au juge du fond une certaine « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) qui ne peut faire l'objet que d'un contrôle limité par la juridiction du droit<sup>117</sup>. La lecture de ces

<sup>114</sup> BGH Kartellamt (Beschluss), 14.8.2008, KVR 42/07 (Rhein Hessische Energie), n° 51 : « Eine Ausnahme [Beurteilungsspielraum] gibt es nur in seltenen Fällen, wie z.B. bei (...) beamtenrechtlichen Eignungs- und Leistungsbeurteilungen, (...), weil es sich hierbei um in der Regel nicht ex post nachvollziehbare Werturteile handelt ».

<sup>115</sup> Comp. O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 99 : « Aber *innerhalb* dieser Grenzen, *innerhalb* des (nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv) möglichen Beurteilungsspielraums wird man kaum von einer richtigen oder falschen Beurteilung, sondern nur von verschiedenen möglichen "Ansichten" sprechen können ».

<sup>116</sup> Comp. H. HOENIGER, *Riskante Rechtsausübung. Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1917, p. 17 : « Es muß auch ein bestimmtes Individuum da sein, das innerhalb dieser Grenzen Souverän die Wertung vornimmt. Hat es innerhalb dieser Grenzen gewertet, so ist sein Werturteil unantastbar ».

<sup>117</sup> V. par ex. BGH 8. Zivilsenat, 22.1.2003, VII ZR 244/02, n° 9 (« Im Rahmen der Anwendung eines derartigen [unbestimmten] Rechtsbegriffes auf den konkreten Sachverhalt ist dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum vorbehalten. Der Revisionsrichter kann die Entscheidung des Berufungsgerichts regelmäßig nur darauf überprüfen, ob das Gericht den Rechtsbegriff verkannt hat, ob ihm von der Revision gerügte Verfahrensfehler



arrêts laisse à penser que la présence d'une notion juridique indéterminée confère automatiquement une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) aux juges du fond. En effet, à aucun moment, il n'est fait état du caractère exceptionnel d'une telle « marge d'appréciation », comme c'est le cas en droit administratif.

**121.** Mais il est difficile de dire ce que la cour entend par ce terme : cette liberté d'appréciation est très probablement liée à la fonction des juges du fond qui consiste à connaître des faits<sup>118</sup>. Il n'est pas sûr qu'elle veuille indiquer au-delà que les juges du fond puissent choisir dans une certaine limite l'application ou la concrétisation qui leur semble la plus juste au regard des faits de l'espèce, donc qu'ils *disposent dans une certaine limite d'une faculté de choix parmi les multiples applications, concrétisations possibles de la notion*. La question de savoir si le processus de concrétisation des notions juridiques indéterminées fait entrer en jeu des éléments de volition est d'ailleurs hautement controversée au sein de la doctrine civiliste.

### ***B. RECONNAISSANCE D'UNE FACULTÉ DE CHOIX AU PROFIT DU JUGE ?***

**122.** Si tout le monde s'accorde pour dire que l'exercice du pouvoir discrétionnaire n'est pas un acte de pure volition, en ce sens qu'il n'est pas exempt de considérations objectives, les esprits se divisent sur le point de savoir si la concrétisation des notions juridiques indéterminées est un acte de pure connaissance (*reiner Erkenntnisakt*) ou s'il ne comporte pas lui aussi des éléments de volition<sup>119</sup>. On sait que le dualisme repose sur le postulat suivant lequel la concrétisation des notions indéterminées est acte de connaissance, tandis que le pouvoir discrétionnaire

---

unterlaufen sind und ob es etwa wesentliche Tatumstände übersehen oder nicht vollständig gewürdigt oder Erfahrungsgrundsätze verletzt hat » ; BGH 8. Zivilsenat, 20.10.2004, VIII ZR 246/03, n° 11 ; BGH 12. Zivilsenat, 6.4.2005, XII ZR 225/03, n° 8 ; BGH 8. Zivilsenat, 18.4.2007, VIII ZR 182/06, n° 32.

<sup>118</sup> V. en ce sens BGH 1. Zivilsenat, 29.3.1990, I ZR 2/89 (qui précise : « Die Beurteilung, ob der Unternehmer einen wichtigen Grund für die Kündigung hat, ist im wesentlichen tatrichterlicher Natur ») auquel se réfèrent la plupart des décisions citées ci-dessus (notamment BGH 8. Zivilsenat, 22.1.2003, VII ZR 244/02).

<sup>119</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 137.

est acte de volonté<sup>120</sup>. Plus fondamentalement, la concrétisation des notions juridiques indéterminées est envisagée comme un pur problème d'interprétation et de subsumption. C'est ce qui explique le postulat théorique suivant lequel l'application concrète d'une notion juridique indéterminée ne peut aboutir qu'à une seule solution juste en droit ; ce qui signifie corrélativement l'exclusion théorique d'un véritable choix par le juge<sup>121</sup>. L'interprète n'est censé avoir que la maîtrise cognitive du code<sup>122</sup>. On ne nie pas qu'il puisse y avoir des écarts de solution en pratique mais on considère qu'ils n'ont pas une nature juridique (puisque le législateur ne les aurait pas voulus) et qu'ils sont plutôt le résultat de certains paramètres de fait : insuffisance de l'entendement de l'homme, inéluctabilité d'une certaine dose de subjectivisme dans le jugement<sup>123</sup>.

### ***1. Parenté du « Beurteilungsspielraum » avec le pouvoir discrétionnaire (Ermessen)***

**123.** En pratique, le postulat sur lequel repose le concept des notions juridiques indéterminées a posé des difficultés en particulier lorsque l'interprétation dépend d'un jugement de valeur de l'agent d'application. On l'a vu, c'est ce qui a mené la jurisprudence administrative à reconnaître à l'administration une « marge de liberté » (*Beurteilungsspielraum*) dans la mise en œuvre de certaines notions indéterminées, abandonnant par là-même l'idée qu'il n'y aurait qu'une seule application juste en droit. C'est admettre implicitement que l'administration puisse,

---

<sup>120</sup> Exemple : O. BACHOF, « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 98. Pour le droit civil : H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, spéc. p. 32 et s.

<sup>121</sup> H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 22. Exemple également : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 216 : « Die Konkretisierung eines unbestimmten Begriffes stellt sich nach allgemeinen methodischen Grundsätzen als ein Erkenntnisakt dar, bei dem sich an die Auslegung des Begriffes und die Feststellung des Sachverhalts die Subsumtion des Sachverhalts unter den ausgelegten Begriff anschließt und bei dem es keine Wahlmöglichkeit der Behörde zwischen verschiedenen rechtmäßigen Entscheidungen, sondern idealtypisch nur eine richtige Entscheidung gibt », qui étend ses propos au droit civil (p. 217). La même logique a cours en droit français : v. D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviances*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 47 : « La conception traditionnelle de l'interprétation juridique repose pour l'essentiel sur l'idée qu'un énoncé normatif ne peut, par définition, comporter qu'un sens unique et obligatoire. Le sens a été déposé par l'auteur de la norme dans le texte et le rôle de l'interprète est de trouver (« Rechtsfindung ») et de dire (« Rechtssprechung ») le sens qui a été enfermé dans le texte par son auteur ». Et l'auteur d'ajouter que « cette vision de l'interprétation tire ses racines de l'herméneutique religieuse » (*op. cit.*, p. 47).

<sup>122</sup> D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviances*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 47.

dans les limites de cette « marge d'appréciation », déterminer librement (choisir) la solution qui lui paraît la plus juste, sans que la juridiction administrative puisse contrarier ce choix. La parenté avec le pouvoir discrétionnaire est indéniable.

**124.** Or on ose à peine parler de « choix » tant l'instigateur de la thèse du « Beurteilungsspielraum » (Bachof) insiste pour sa part sur le fait que en dépit de l'existence d'une certaine « marge d'appréciation », la qualification juridique des faits constitue toujours un acte de connaissance et, qu'en ce cas, l'autorité administrative ne « choisit » pas à proprement parler son comportement. Il n'empêche que la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum » relativise fortement le dualisme et rapproche ce faisant la concrétisation des notions juridiques indéterminées du pouvoir discrétionnaire, si l'on entend par « pouvoir discrétionnaire » moins un élément lié à la structure de la norme (localisation de ce pouvoir au niveau des effets juridiques uniquement) que le *pouvoir de choisir* entre plusieurs options juridiquement équivalentes.

**125.** Pour s'en convaincre, il est intéressant de porter un regard sur une disposition du droit des obligations qui, bien qu'étrangère à la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum », n'en fait pas moins ressortir la logique qui la sous-tend : le § 319 al. 1<sup>er</sup> BGB. Si la disposition règle les rapports entre le tiers au contrat et le juge, elle n'est pas sans rappeler les rapports entre l'administration et la juridiction administrative. Cet article prévoit que « Lorsque le tiers doit déterminer la prestation d'après une appréciation [discrétionnaire et] équitable, la détermination effectuée ne lie pas les parties si elle est manifestement inéquitable. Dans ce cas, la détermination est effectuée par un jugement ; il en est de même lorsque le tiers ne peut ou ne veut effectuer la détermination ou si elle est retardée »<sup>124</sup>. Il s'agit là de l'hypothèse où les parties ont conféré à un tiers le pouvoir de déterminer le prix ou tout autre élément du

---

<sup>123</sup> H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 22 ; B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 669.

<sup>124</sup> Traduction reprise de G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Traduction commentée, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010. La traduction ne fait pas ressortir le terme allemand « Ermessen » (« discrétionnaire ») qui est pourtant essentiel pour notre démonstration. Le rappel de l'énoncé allemand n'est donc pas sans intérêt : « Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragsschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist. Die

contrat. Comme le prévoit le § 317 al. 1<sup>er</sup> BGB, dans le doute, la détermination doit s'opérer d'après une « appréciation discrétionnaire et équitable » (*nach billigem Ermessen*)<sup>125</sup>. L'assemblage des deux termes « billig » (« équitable ») et « Ermessen » (« discrétion »), qu'on trouve également au § 315 al. 1<sup>er</sup> BGB réglant l'hypothèse où l'une des parties cette fois détermine unilatéralement la prestation<sup>126</sup>, a fait couler beaucoup d'encre : le terme « équitable » est généralement présenté comme une notion juridique indéterminée qui nécessite certes une concrétisation mais qui ne confère pas une faculté d'option entre plusieurs solutions possibles, celle-ci étant caractéristique de la décision discrétionnaire<sup>127</sup>. A première vue donc, et au regard de leur nature respective, les deux termes « équitable » et « discrétionnaire » semblent s'exclure mutuellement<sup>128</sup>. D'où les tentatives doctrinales de déterminer quelle notion doit primer sur l'autre<sup>129</sup>. La jurisprudence et la doctrine dominante ne sont toutefois pas entrées dans ces subtilités et privilégient une approche unitaire du terme composé « billiges Ermessen »<sup>130</sup>.

Elles s'appuient en cela sur les motifs du BGB qui montrent en effet que le terme n'est que la « germanisation » de l'expression latine « arbitrium boni viri »<sup>131</sup> dont on trouve les traces notamment chez Domat. Dans son ouvrage *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Domat écrivait : « Dans les conventions où il faut faire quelques estimation comme du prix d'une vente, de la valeur d'un loyer, de la qualité d'un ouvrage, (...), & autres semblables ; si les contractants s'en rapportent à ce qui sera arbitré par une tierce personne (...) ou même à l'arbitrage de la partie ; il en est

Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil ; das Gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert ».

<sup>125</sup> § 317 al. 1<sup>er</sup> BGB : « Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, dass sie nach billigem Ermessen zu treffen ist ».

<sup>126</sup> § 315 al. 1<sup>er</sup> BGB : « Si la prestation doit être déterminée par l'une des parties contractantes, il y a lieu d'admettre, dans le doute, que cette détermination doit être faite d'après une appréciation [discrétionnaire] et équitable ».

<sup>127</sup> B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Bd. 2, 5<sup>e</sup> éd., Juris Saarbrücken, 2011, § 315, n° 20 ; V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 117.

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> Pour une présentation des diverses appréciations, v. B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, in *Juris PraxisKommentar BGB*, Bd. 2, 5<sup>e</sup> éd., Juris Saarbrücken, 2011, § 315, n° 20 et s.

<sup>130</sup> B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, *op. cit.*, n° 16. Exemple : BAG NJW 1962, p. 268 (cité d'après V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 118) : « Die Bestimmung der Leistungszeit hat auf Grund des § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu erfolgen. Die getroffene Bestimmung ist für den Arbeitnehmer nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht (§ 315 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Ermessen räumt dem Bestimmungsberechtigten einen Spielraum ein, innerhalb dessen ihm mehrere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Billigkeit ist dagegen ein unbestimmter Rechtsbegriff, der keine Wahlmöglichkeit zulässt. Billigkeit iS des § 315 Abs. 3 BGB kann daher nicht wörtlich verstanden werden, da sonst kein Ermessenspielraum, den § 315 BGB gerade gewähren will, gegeben wäre ».

<sup>131</sup> *Ibid.*

de même, que si on s'était remis à ce qui serait réglé par des personnes de probité, & qui s'y connussent. Et ce qui sera arbitré contre cette règle, n'aura pas de lieu. Parce que l'intention de ceux qui se rapportent de ces sortes de choses, à d'autres personnes, renferme la condition, que ce qui sera réglé sera raisonnable : & leur dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être arbitré *au delà des bornes de la raison & de l'équité* »<sup>132</sup>. Cette dernière précision est significative du fait que le « pouvoir discrétionnaire » (*Ermessen*) du tiers ou de la partie trouve sa limite dans le caractère équitable (*billig*) de la détermination<sup>133</sup>. C'est dire aussi que dans les limites ou dans les bornes de l'équité, qui s'établit selon des critères objectifs<sup>134</sup>, le tiers ou la partie disposent d'une « marge d'appréciation » (*Spielraum*), ce qui signifie concrètement qu'il n'y a pas qu'une seule solution juste envisageable<sup>135</sup>.

On retrouve là le postulat de la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum », sauf qu'ici, la jurisprudence civile n'hésite pas à parler de « marge *discrétionnaire* » (*Ermessensspielraum*) là où la jurisprudence administrative parle de (simple) « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*). En réalité, les deux expressions signifient la même chose<sup>136</sup>. Il est d'ailleurs significatif que certains auteurs critiquent l'utilisation du terme « discrétionnaire » par la jurisprudence civile au motif que la partie ou le tiers ne disposeraient que d'une « marge de liberté » (*Spielraum*) pour concrétiser ce qu'il faut entendre par « équitable » au cas concret,

<sup>132</sup> J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum Delectus*, nouvelle éd. revue et corrigée, Paris, Pierre & Jean Herissant, 1705, p. 25 (nous soulignons).

<sup>133</sup> B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, *op. cit.*, n° 16 et s.

<sup>134</sup> Rappr. la définition donnée par les PDEC du caractère raisonnable à l'art. 1.302 : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées ». Les rédacteurs soulignent dans leur note qu'il s'agit là de critères objectifs : v. Principes du droit européen du contrat, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003, note sous l'art. 1.302, p. 87. La définition allemande du terme « billig » est comparable : v. B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, *op. cit.*, n° 17 : « objektiver Maßstab (...), bei dem darauf abgestellt wird, was nach allgemeinen Verkehrsanschauungen als angemessen und gerecht gilt ».

<sup>135</sup> B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, *op. cit.*, n° 18. Exemple à ce titre : BGH 2. Zivilsenat, 24.6.1991, II ZR 268/90, n° 7 (relatif au § 315 BGB) : « Die Vertragspartei, die die Bestimmung zu treffen hat, hat dies gemäß § 315 Abs. 1 BGB nach billigem Ermessen zu tun. Dabei ist *nicht nur ein einziges "richtiges" Ergebnis denkbar*. Dem Bestimmungsberechtigten steht ein *Ermessensspielraum* zu ; (...) » (nous soulignons).

<sup>136</sup> Comp. V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 117 qui, pour justifier la thèse suivant laquelle la partie au contrat dispose d'une « marge de discrétion » (« Ermessensspielraum ») avance, en s'appuyant sur le droit administratif, qu'une notion juridique indéterminée est susceptible de conférer elle aussi une « marge d'appréciation » (« Beurteilungsspielraum ») ne pouvant faire l'objet que d'un contrôle restreint.

or une telle liberté ne serait pas caractéristique d'un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) mais d'une simple « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*)<sup>137</sup>.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence civile déduit de cette « marge de discrétion » (*Ermessensspielraum*) que le juge ne peut remplacer la détermination faite par le tiers ou la partie au simple motif qu'il jugerait une autre détermination plus juste mais uniquement si celle-ci dépasse les bornes de l'équité<sup>138</sup>. Notons que la liberté du tiers est même encore plus grande que celle de la partie au contrat, dans la mesure où sa détermination trouve ses limites dans l'« iniquité manifeste » (*offenbare Unbilligkeit* : v. le § 319 al. 1<sup>er</sup> BGB) là où la détermination unilatérale de la partie au contrat trouve ses limites déjà dans la simple iniquité (v. le § 315 al. 3 BGB). On justifie généralement cette liberté ainsi conférée au tiers ou à la partie au contrat par des considérations pratiques : on s'imagine les difficultés pratiques auxquelles seraient confrontés les tribunaux, tout comme les experts, s'il fallait déterminer l'unique prestation juste, et contrôler ainsi les dispositions contractuelles<sup>139</sup>. En même temps, on comprend que la marge de liberté conférée au tiers ou à la partie au contrat est en définitive une question de compétence (*Kompetenzfrage*<sup>140</sup>). On retrouve ici le même raisonnement que celui qui a cours en droit administratif : rappelons que la thèse du « *Beurteilungsspielraum* » permet à l'autorité administrative de déterminer librement la solution qui lui paraît la plus juste dans les limites de cette « marge d'appréciation », sans que la juridiction administrative puisse contrarier ce choix. L'exemple des § 319 al. 1<sup>er</sup> et 315 al. 1<sup>er</sup> BGB démontre bien les parallèles existant entre la thèse administrative du « *Beurteilungsspielraum* » et le pouvoir discrétionnaire (du tiers ou de l'une des parties au contrat cette fois).

---

<sup>137</sup> B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, *op. cit.*, § 315, n° 23 et s., spéc. n° 24 ; la même, *op. cit.*, § 317, n° 8.

<sup>138</sup> V. la décision du BGH précitée : BGH 2. Zivilsenat, 24.6.1991, II ZR 268/90, n° 7 (relatif au § 315 BGB) : « (...) die Bestimmung ist erst dann durch das Gericht zu ersetzen, wenn die durch § 315 Abs. 3 BGB mit dem dortigen Hinweis auf die Billigkeit gezogenen Grenzen überschritten sind, nicht dagegen schon dann, wenn das Gericht eine andere Festsetzung für richtig hält ».

<sup>139</sup> B. VÖLZMANN-STICKELBROCK, *op. cit.*, § 315, n° 19. Comme le souligne RIEBLE, la Cour suprême juge de façon constante qu'il n'appartient pas aux tribunaux de remplacer la détermination de la prestation par un « prix juste » qui serait établi d'office (v. *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 120).

<sup>140</sup> Comp. V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 121, 133 et s. L'auteur fait remarquer que le contrôle limité opéré par les juridictions civiles est l'expression du principe de l'autonomie de la volonté (« Privatautonomie ») et par là-même également une limite posée au pouvoir judiciaire.

## **2. Concrétisation des notions indéterminées et travail de création du droit**

**126.** Le rapprochement est encore plus éclatant si l'on envisage le processus de concrétisation des notions juridiques indéterminées non pas comme un pur travail d'interprétation et de subsomption mais comme un travail de création du droit. A suivre Anne Röthel, l'auteur d'une étude consacrée au processus de concrétisation des normes, la concrétisation serait avant tout une mission de création du droit (*Rechtsbildung*)<sup>141</sup>. L'indétermination de l'énoncé normatif étant prévue et voulue par le législateur, c'est lui qui conférerait à la jurisprudence ce rôle créateur. En ce sens, il s'agit là d'un pouvoir délégué<sup>142</sup> : c'est ce qui expliquerait que le juge soit contraint de rester dans les limites du cadre fixé par le législateur (*Delegationsauftrag*) et qu'il soit amené à respecter un certain nombre de principes formulés par la Constitution dans l'élaboration des règles de concrétisation (par exemple : obligation de former des règles continues, transparentes, conformes aux lois et aux droits fondamentaux)<sup>143</sup>.

Ainsi s'assembleraient dans le travail de concrétisation des éléments de *soumission à la loi (Rechtsbindung)* et des éléments de *création du droit (Rechtsbildung)*, d'où le qualificatif : « gebundene Rechtsbildung » (« création du droit liée »)<sup>144</sup>. Dans ce qualificatif se traduirait un pluralisme des méthodes : le travail de concrétisation ferait appel non seulement à des méthodes caractéristiques d'un pouvoir lié (interprétation) mais aussi à des méthodes de création du droit<sup>145</sup>. La concrétisation serait donc simultanément réalisation hétéronome du droit (*heteronome*

<sup>141</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 122 et s. Selon l'auteur, le terme « concrétisation » (« Konkretisierung ») serait devenu une métaphore pour le caractère créateur (« schöpferisch ») et formateur (« gestaltend ») de l'application du droit (v. *op. cit.*, p. 13). Rappr. en droit français : Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985, p. 129 (« Les lacunes intra-legem nécessitent une interprétation du droit qui est plus franchement une création du droit ») ; V. FORTIER, « La fonction normative des notions floues », RRJ 1991-3, spéc. p. 763 et s.

<sup>142</sup> V. dans le même sens : D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviations*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 52 (« délégation de pouvoir au profit de l'interprète », « délocalisation du pouvoir de dire le droit »). V. en ce sens déjà : Ph. HECK, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1929, § 4, 1 (« Delegationsnormen »).

<sup>143</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 124.

<sup>144</sup> *Ibid.* L'analyse est approuvée par G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 2. Kap., n° 79.

<sup>145</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 125 ; la même, « Die Konkretisierung von Generalklauseln », in K. RIESENHUBER (dir.), *Europäische Methodenlehre*, 2<sup>e</sup> éd., Berlin, De Gruyter, 2010, § 12, n° 4. Rappr. G. CORNU, *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Les cours de droit, 1970-1971, p. 189 : « Et l'on voit, par là-même, en quoi son [du juge] apport personnel se situe dans la marge non exégétique de son interprétation ».

*Rechtsverwirklichung*) et création autonome du droit (*autonome Rechtsbildung*)<sup>146</sup>. Or, en même temps que l'on déplace l'accent de l'*interprétation* (*Auslegung*) à la *création* du droit (*Rechtsbildung*) pour caractériser ce qui fait l'essence du travail de concrétisation des notions juridiques indéterminées, on abandonne en même temps le postulat suivant lequel la concrétisation est essentiellement un acte de connaissance.

127. En témoigne l'étude de Röthel où l'on peut lire que la création du droit (*Rechtsbildung*) n'est pas un acte de connaissance mais une activité génératrice de droit qui repose sur un jugement de valeur de la part du juge (*wertende Rechtsschöpfung*)<sup>147</sup>. Selon l'analyse, si le pouvoir du juge est encadré du fait de sa soumission à la loi et aux droits fondamentaux, les directives susceptibles de le guider dans une direction ou une autre sont si faibles que le processus de concrétisation apparaît alors comme un processus de sélection parmi les multiples concrétisations possibles et non impératives<sup>148</sup>. C'est ce qui fait dire à l'auteur que la jurisprudence dispose là d'une « marge de concrétisation » (*Konkretisierungsspielraum*)<sup>149</sup>.

D'autres auteurs parlent encore de « latitude de décision » (*richterlicher Entscheidungsspielraum*<sup>150</sup>) ou même de « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*<sup>151</sup>). Certains illustrent leur propos à l'aide de la notion « contraire aux bonnes mœurs » (*sittenwidrig*). A suivre le raisonnement, dans un premier temps, la notion indéterminée fixerait un cadre objectif : ici, elle renverrait à un noyau dur de principes sociaux-éthiques<sup>152</sup>. On en déduit qu'à ce stade, la concrétisation est bien un acte de connaissance<sup>153</sup>. Mais à l'intérieur de ce cadre, le

<sup>146</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 22. Rapp. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 98 (voient un phénomène de « tension dialectique » entre contrainte et liberté, subordination et autonomie).

<sup>147</sup> La traduction en français de la pensée de l'auteur n'est pas aisée ; elle ne reproduit qu'imparfaitement l'énoncé allemand : « **Rechtsbildung ist kein kognitiver Prozess der Rechtserkenntnis, sondern wertende Rechtsschöpfung** » : A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 140. On remarquera que l'auteur ne parle pas d'acte de volonté pour l'opposer à l'acte de connaissance. *Contra* H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 31 et s. : « Aber wie die Auslegung und die Analogie ist auch die *Rechtsschöpfung* letztlich auf erkennende Ableitung von Einzelwertmaßstäben aus gesetzlich normierten Wertungen beschränkt ».

<sup>148</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 161 : « Angesichts dieser geringen Dichte an äußeren Ergebnisvorgaben sind Konkretisierungsprozesse fortlaufende Auswahlprozesse über eine Vielzahl möglicher, aber nicht zwingender Konkretisierungen ».

<sup>149</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 161 et s.

<sup>150</sup> G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 2. Kap., n° 78 et s.

<sup>151</sup> R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2005, § 17, p. 106 ; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 293 et s.

<sup>152</sup> G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 2. Kap., n° 79.

<sup>153</sup> *Ibid.*



juge disposerait toutefois d'une « latitude de décision » : en ce sens, la concrétisation serait donc un « acte créateur » (*schöpferischer Akt*)<sup>154</sup>. L'affirmation invite naturellement à se demander s'il existe un lien avec la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum ». A première vue, l'idée qu'il y ait plusieurs concrétisations possibles et qu'il appartiendrait au juge d'effectuer le choix parle bien pour une parenté avec la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum »<sup>155</sup>.

**128.** A plus ample analyse, il semble qu'il y ait en effet certains recoupements entre ce que les civilistes appellent ici « marge de concrétisation » ou « marge d'appréciation » et la thèse administrative qui porte le même nom (*Beurteilungsspielraum*). Sont révélateurs à ce titre les parallèles qu'Anne Röthel effectue elle-même avec la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum »<sup>156</sup> et qui seront relatés plus loin. Plus fondamentalement, son étude tend à démontrer que si le travail de concrétisation est une opération régulée par toute une série de formes d'argumentation, les principes et les méthodes qui guident le travail du juge n'aboutissent généralement pas à réduire la « marge de concrétisation » à *une seule* concrétisation<sup>157</sup>. La conclusion, aussi justifiée qu'elle soit, pourrait paraître étonnante au vu d'un autre constat que tire l'auteur de son analyse : à savoir que même au stade où le travail de concrétisation n'est plus un pouvoir lié, donc au stade où le juge crée (librement) du droit, l'interprétation garde un rôle prépondérant, constituant ainsi le dénominateur commun de l'argumentation dans le processus de concrétisation<sup>158</sup>.

Ce constat n'est-il pas en porte à faux avec la reconnaissance d'une « marge de concrétisation » au profit du juge ? L'importance des arguments interprétatifs ainsi caractérisée ne devrait-elle pas amener l'auteur à confirmer le postulat selon lequel la concrétisation des notions indéterminées ne peut aboutir qu'à un seul résultat juste ? Il n'en est rien : au contraire, pour l'auteur, il y aurait là la preuve que l'interprétation est elle-même le résultat d'une pondération d'arguments (*Abwägen von Argumenten*)

---

<sup>154</sup> *Ibid.*

<sup>155</sup> Exemple également : R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2005, § 17, p. 106 : « eine (innerhalb des Bedeutungsspielraums eines gesetzlichen Tatbestandes zu treffende) Auswahl zwischen verschiedenen Auslegungs- und Konkretisierungsmöglichkeiten » ; K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 294 : « Wo der Richter schließlich die Wahl zwischen zwei gleichermaßen vertretbaren Beurteilungen hat (...) ».

<sup>156</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 147 et s.

<sup>157</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 162.

<sup>158</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 144 (« Auslegung als gemeinsamer Nenner der Konkretisierungsargumentation »).

et qu'elle n'est pas exempte d'éléments créateurs<sup>159</sup>. Selon les dires de l'auteur, il s'agirait là d'une prise de conscience centrale dans le discours récent de la méthodologie juridique<sup>160</sup>. L'auteur s'appuie notamment sur Kelsen<sup>161</sup> dont on sait que les propos tranchent avec la conception traditionnelle de l'interprétation juridique.

**129.** En effet, pour Kelsen, « l'interprétation juridique doit éviter avec le plus grand soin la fiction qu'une norme juridique ne permet jamais qu'une seule interprétation, l'interprétation "exacte" ou "vraie". C'est là une fiction dont la science du droit traditionnelle se sert pour maintenir l'idéal de sécurité juridique. Or, étant donné l'ambiguïté qui affecte, plus ou moins, la plupart des normes juridiques, cet idéal n'est réalisable qu'approximativement »<sup>162</sup>. C'est dire que l'interprétation n'est pas un acte de connaissance mais un acte de volonté par lequel l'interprète donne, attribue, confère du sens au texte<sup>163</sup>. L'indétermination apparaît alors comme un phénomène graduel puisque dans cette conception, chaque terme juridique est plus ou moins indéterminé<sup>164</sup>. Si donc l'interprétation est un acte de volonté correspondant à des choix, elle est l'expression d'un pouvoir discrétionnaire ! Il va sans dire qu'une telle conception de l'interprétation juridique vient relativiser fortement la distinction opérée entre le pouvoir discrétionnaire et les notions juridiques indéterminées, c'est-à-dire le dualisme professé en droit allemand.

**130.** La latitude du juge transparaît également à travers une deuxième forme d'argumentation à l'œuvre dans le processus de concrétisation et que Röthel analyse sous le nom d'« arguments de comparaison » ou de « arguments de pondération » (*Abwägungsargumente*<sup>165</sup>)<sup>166</sup>. Elle nous intéresse tout particulièrement du fait de son

<sup>159</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 144 et s.

<sup>160</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 21, 144 et s. (v. les références citées). Exemplaire à ce titre : R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2005, § 17, p. 106 (« Auslegungsspielraum », « Entscheidungsspielraum »).

<sup>161</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 21.

<sup>162</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. EISENMANN, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962, spéc. p. 463.

<sup>163</sup> D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviations*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 49. KELSEN considère en effet que le juriste qui proclame « qu'une interprétation qui est peut-être d'un point de vue politique-subjectif, préférable à une autre qui est logiquement possible, est la seule exacte d'un point de vue objectivement scientifique » (*op. cit.*, p. 463), fait passer pour une vérité scientifique ce qui n'est jamais qu'un simple jugement de valeur politique.

<sup>164</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 21. V. également D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviations*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 50.

<sup>165</sup> Traduit littéralement, le verbe « abwägen » signifie peser le pour et le contre. Le substantif « Abwägung » souvent associé au terme d'intérêts (« Interessenabwägung ») renvoie à la pondération des intérêts.

importance en droit des contrats. L'auteur montre qu'à plusieurs endroits, le législateur invite lui-même le juge à opérer une pondération des biens et des intérêts en présence en vue de concrétiser la notion indéterminée<sup>167</sup>. Il en va ainsi par exemple du § 275 al. 3 BGB relatif à l'exécution forcée en nature, qui dispose que « Le débiteur peut en outre refuser la prestation lorsqu'il doit la fournir personnellement et qu'elle ne peut être exigée de lui *après comparaison* [« unter Abwägung »] de l'obstacle qui s'oppose à sa réalisation et de l'intérêt qu'elle présente pour le créancier »<sup>168</sup>. C'est à ce niveau que l'auteur effectue un rapprochement avec la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum » et se réfère à une étude d'un publiciste qui démontre que la nécessité de comparer (*Abwägung*), en même temps qu'elle dirige la structure et l'orientation de la prise de décision, constitue le fondement des espaces de liberté (*Freiräume*) de l'administration et de son pouvoir de concrétisation<sup>169</sup>.

Le parallèle effectué laisse donc à penser que le juge du fond dispose d'une certaine liberté, latitude de jugement (et par là-même d'une certaine faculté de choix) au moyen de ce procédé de « comparaison ». Dans la suite de son raisonnement, l'auteur va jusqu'à affirmer que la « comparaison » (*Abwägung*) a moins une fonction d'application ou de déduction qu'une fonction de création du droit<sup>170</sup>. Preuve en seraient les critiques adressées couramment à cette démarche intellectuelle : d'aucuns déplorent qu'un tel procédé rendrait le droit imprévisible et serait donc contraire au principe de sécurité juridique, et qu'en procédant de la sorte, le juge deviendrait le « véritable législateur »<sup>171</sup>. A cette critique, l'auteur répond que le législateur a précisément délégué au juge le pouvoir de créer le droit, donc de dépasser la loi, de

---

<sup>166</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 146 et s.

<sup>167</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 146 et s.

<sup>168</sup> G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Traduction commentée, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010 (nous soulignons).

<sup>169</sup> V. A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 148, qui se réfère à l'étude de E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, spéc. p. 479 et s.

<sup>170</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 148 : « Abwägung erfüllt in erster Linie eine regelbildende und weniger eine regelanwendende oder regelableitende Funktion ». *Contra* H. HUBMANN, *Wertung und Abwägung im Recht*, Berlin, Heymann, 1977, spéc. p. 48, 63, 66, 101 et s. Selon B. HESS, « Richterliches Ermessen im Zivilprozess. Die Rechtslage in Deutschland. Nationalbericht für die Konferenz der World Association of Procedural Law in Gent 2000 », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 397, la faculté accordée au juge de pondérer les droits et/ou les intérêts des parties lui conférerait un pouvoir discrétionnaire (« Auch die Befugnis widerstreitende Rechte und/oder Interessen der Parteien abzuwägen, beinhaltet eine Ermessensübertragung »). Rappr. J. VOGEL, *Juristische Methodik*, New York, de Gruyter, 1998, § 9 III : Abwägung und Ermessen.

<sup>171</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 148.

sorte que la critique aurait peu de poids<sup>172</sup>. En revanche, le reproche adressé à cette forme d'argumentation en termes de rationalité serait plus sérieux : selon l'auteur, si l'on ne souhaite pas que la pondération des intérêts ne soit la décision que d'un seul homme, il faut que le juge fasse apparaître explicitement dans son jugement les préférences et les valeurs qui sous-tendent sa décision, qu'il développe les raisons de ses choix<sup>173</sup>.

D'où l'importance accordée par l'auteur à la motivation de la règle de concrétisation : celle-ci est présentée comme l'instrument principal de la méthode de création du droit<sup>174</sup>. Et l'auteur d'expliquer que la création du droit n'étant pas un processus cognitif, un acte de connaissance du droit, une telle méthode ne saurait reposer sur des procédés déductifs<sup>175</sup>. Le juge n'en devrait pas moins satisfaire aux principes de cohérence, de continuité et d'égalité. C'est dire que la concrétisation doit donner naissance à un droit jurisprudentiel, prétorien (*Fallrecht* ou *case law*)<sup>176</sup>.

**131.** C'est là que se rompent les liens avec la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum ». Rappelons que l'aspect du contrôle de la décision prise en application des notions juridiques indéterminées est au centre des préoccupations de cette thèse puisqu'elle vise justement à écarter un éventuel contrôle juridictionnel de la décision prise par l'autorité administrative d'application. Nous nous étions donc posé la question de savoir si cette thèse pouvait trouver à s'appliquer également en droit civil, dans les rapports entre juge du fond et juge du droit cette fois. Or il apparaît que ce que les civilistes appellent « Konkretisierungsspielraum » ou « Beurteilungsspielraum » est avant tout un pouvoir que détient le juge du droit, la Cour suprême<sup>177</sup>.

C'est tellement vrai que Röthel taxe de « concrétisation de façade » (*Scheinkonkretisierung*) les motivations se référant uniquement aux « circonstances

<sup>172</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 149.

<sup>173</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 150 et s.

<sup>174</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 140.

<sup>175</sup> *Ibid.*

<sup>176</sup> G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 2. Kap., n° 79.

<sup>177</sup> La différence entre la thèse civiliste du « Konkretisierungsspielraum » et la thèse administrative du « Beurteilungsspielraum » pourrait s'expliquer notamment par le fait que la première découle d'une approche des notions juridiques indéterminées en termes de création du droit (« Rechtsbildung ») là où la seconde découle d'une approche en termes d'application du droit (« Rechtsanwendung »). Sur ce dernier point, v. E. PACHE, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 11 (« Freiraum der Verwaltung bei der Rechtsanwendung » : nous soulignons), 12 (« administrativer Handlungs- oder Entscheidungsspielraum bei der Rechtsanwendung » : nous soulignons).

du cas particulier » (*Umstände des Einzelfalls*) ou encore celles qualifiant de question de fait (*Tatfrage*) l'application de la notion juridique indéterminée<sup>178</sup>. Pour l'auteur, le pouvoir de concrétisation conféré à la jurisprudence consisterait au contraire à développer des règles (*Regelbildung*) générales et abstraites, à élaborer des critères matériels d'appréciation<sup>179</sup>. Cela serait particulièrement visible au regard de la réforme du droit des obligations : à plusieurs endroits, le législateur aurait fait comprendre qu'il percevait la précision des textes comme vecteur d'un droit prétorien<sup>180</sup>. Aussi les décisions s'appuyant sur les circonstances particulières de la cause ou qualifiant le problème de question de fait seraient caractéristiques d'un manque d'expérience de la part de la jurisprudence<sup>181</sup>. Bien souvent, elles ne seraient que l'étape préliminaire du véritable travail de concrétisation<sup>182</sup>. Selon l'auteur, si le refus de concrétisation (générale et abstraite) devait toutefois perdurer, le législateur devrait être en mesure de confisquer le pouvoir ainsi délégué aux juges (*Rückholpflicht*)<sup>183</sup>.

A suivre l'analyse, le juge du fond n'a donc pas à proprement parler une faculté de choix au niveau de l'application de la notion juridique indéterminée. Comme le souligne Denys Simon, qui analyse la concrétisation des notions juridiques indéterminées moins en termes de création du droit qu'en termes d'interprétation, suivant en cela la tradition juridique française<sup>184</sup>, il n'y a pas lieu de craindre

<sup>178</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 184 et s.

<sup>179</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 186.

<sup>180</sup> V. les exemples cités par A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 59 (à propos du § 323 al. 2 n° 3 BGB relatif à la résolution du contrat par ex., qui dispose que « La fixation d'un délai est inutile si les circonstances particulières justifient, eu égard aux intérêts des deux parties, la résolution immédiate », le législateur explique qu'il s'agit là d'une hypothèse « fourre-tout » conçue pour les cas qui ne sauraient relever des deux premiers numéros et qu'elle vise donc à conférer aux tribunaux des « marges d'évaluation » ou « marges d'appréciation » (« Bewertungsspielräume ») : v. BT-Drucksache 14/6040, p. 186).

<sup>181</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 185 et s.

<sup>182</sup> *Ibid.*

<sup>183</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 187.

<sup>184</sup> La doctrine française ne dissocie pas aussi strictement la fonction interprétative des juges et la fonction créatrice de la jurisprudence : v. sur ce point W. FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 543 et s. ; F. FERRAND, *Cassation française et révision allemande : essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, th. Lyon, préf. S. GUINCHARD, Paris, PUF, 1993, n° 392 (qui parle d'*interprétation créatrice* des juges suprêmes à propos des notions dites indéfinies ; selon l'auteur, par le contrôle de la qualification, les juges cerneront les contours de ces concepts). La raison semble résider en ce que l'article 4 C. civ. est traditionnellement interprété (de façon exégétique) comme l'obligation faite aux tribunaux non pas tant de combler les lacunes de la loi que de lui rattacher toutes les solutions adoptées (B. JEANNEAU, « Le traitement de l'équité en droit français », in *Etudes de droit contemporain*, préf. F. TERRÉ, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, XXXIII, VIII<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé Pescara, Paris, éd. de l'Épargne, 1970, p. 22). En réalité toutefois, la différence avec le droit allemand n'est pas aussi tranchée : comme le souligne RÖTHEL elle-même, la jurisprudence civile allemande a tendance elle aussi à traiter la concrétisation des normes comme un problème d'interprétation. Bien souvent, la jurisprudence utilise les termes « concrétisation » et « interprétation » comme

l'arbitraire des juges : « (...) le jugement interprétatif n'est pas un acte isolé, mais s'inscrit dans une chaîne de jugements contrôlés par un dispositif centralisé et hiérarchisé lié au système des voies de recours et à la pluralité de degrés de juridiction. L'éventuel délire interprétatif des "petits juges" sera rapidement régulé par les juridictions suprêmes. De surcroît, il ne faut pas sous-estimer les effets de l'auto-régulation, c'est-à-dire le souci de cohérence interne de la jurisprudence (...) »<sup>185</sup>. Ainsi, si le juge du fond dispose parfois d'une certaine « marge de liberté » dans son application au cas concret, c'est uniquement parce que la Cour suprême qualifie le processus de question de fait et/ou estime les appréciations d'ordre factuel trop importantes pour pouvoir opérer un contrôle<sup>186</sup>. On en revient donc au premier sens envisagé pour expliciter l'acception du terme « Beurteilungsspielraum » en droit civil.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**132.** Il ressort de l'analyse que l'utilisation qui est faite de l'expression « Beurteilungsspielraum » en droit civil ne recoupe pas toujours et nécessairement le sens précis qui lui est donné en droit administratif. En droit civil, la notion semble renvoyer davantage à une appréciation souveraine des juges du fond liée à l'importance des considérations factuelles dans l'application de la notion juridique indéterminée. Elle ne semble pas impliquer l'existence d'un pouvoir des juges du fond d'opter « librement » parmi les multiples applications possibles de la notion au cas concret, qui ne saurait faire l'objet d'un contrôle de la part de la Cour suprême, à l'instar du pouvoir reconnu au profit des autorités administratives d'application. D'un côté, on peut se réjouir de ce constat : la reconnaissance (officielle) au profit des

---

synonymes : v. les exemples cités dans *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 131.

<sup>185</sup> D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviances*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 54.

<sup>186</sup> Notons que la compétence qu'a généralement le juge du fond d'appliquer la notion juridique indéterminée au cas particulier n'exclut pas que le juge du droit y procède lui-même : l'art. L. 411-3 COJ et son pendant allemand le § 563 al. 3 ZPO prévoient en effet la possibilité, pour la Cour suprême, de mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par les juges du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée (cassation sans renvoi). Pour un ex., v. BGH 8. Zivilsenat, 21.12.2011, VIII ZR 70/08, n° 54 (décision qui fait suite à CJUE, 16 juin 2011, C- 65/09 (Weber) et 87/09 (Putz)).

juges du fond d'une certaine faculté d'option dans l'application des notions juridiques indéterminées mettrait sérieusement à mal le dualisme professé par la doctrine dominante. A ce stade, le principe selon lequel l'*application* d'une notion juridique indéterminée consiste en la recherche de la seule solution juste reste sauf<sup>187</sup>. Mais d'un autre côté, on conviendra que l'utilisation différenciée en droit civil d'un terme administratif aussi connoté ajoute à la complexité de la doctrine allemande du pouvoir discrétionnaire. Notons que celle-ci l'est d'autant plus que la jurisprudence civile ne s'arrête pas à l'usage de concepts venus d'ailleurs, comme celui de « Beurteilungsspielraum », mais a recours également parfois aux concepts traditionnels comme celui de pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) alors même qu'il s'agit de l'application d'une notion juridique indéterminée existant du côté du présumé de la norme<sup>188</sup>, venant brouiller ainsi le dualisme dominant. Aussi peut-on être tenté de taxer le dualisme de « doctrinarisme ». La critique est formulée par certains civilistes allemands eux-mêmes qui vont jusqu'à remettre en question l'utilité du dualisme issu du droit administratif pour le domaine du droit civil.

---

<sup>187</sup> V. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 159 et s. (avec d'autres références).

<sup>188</sup> Même s'il faut avouer que les décisions en ce sens sont relativement anciennes : v. par ex. BGH 5. Zivilsenat, 25.3.1977, V ZR 48/75, n° 6 : « Ob eine Verfehlung in diesem Sinne "schwer" ist [§ 530 BGB], beurteilt sich nach trichterlichem Ermessen ».

## **CHAPITRE II - LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DU DUALISME : LA CRITIQUE DU « DOCTRINARISME »**

133. Le « dualisme » professé en droit allemand, en particulier l'idée selon laquelle l'application d'une notion juridique indéterminée ne saurait aboutir qu'à une seule décision juridiquement correcte, fait l'objet de nombreuses critiques. Ce postulat est sévèrement critiqué par Fritz Rittner, un civiliste allemand, qui taxe le « dualisme » de pur « doctrinarisme » (dogmatisme)<sup>189</sup>. Selon l'auteur, l'idée présupposerait que pour répondre au problème posé, le juge n'ait qu'à mobiliser ses connaissances et son esprit scientifique<sup>190</sup>. Il y aurait là la marque de la croyance dans la raison, dans la méthode déductive, caractéristiques de la pensée du droit civil depuis l'époque du droit naturel et des Lumières<sup>191</sup>. Or, une telle affirmation méconnaîtrait le rôle créateur du juge, dont l'importance est soulignée par les études récentes. Il est certain que le concept des notions juridiques indéterminées, qui ne conférerait au juge qu'une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) et non un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*), correspond à une certaine conception des pouvoirs du juge. Il est conforme à l'idée qu'on se fait de l'Etat de droit et surtout au principe de la séparation des pouvoirs, fréquemment invoqué pour justifier le rejet d'un pouvoir discrétionnaire touchant au présupposé de la norme. Or la conception des pouvoirs du juge est évolutive et les fondements sur lesquels repose le concept des notions juridiques indéterminées tendent à être remis en cause par la méthodologie juridique moderne (section I). En même temps que le « dualisme » prête le flanc à la critique sur le plan théorique, son application pratique se révèle parfois difficile. C'est cette réalité de la pratique du droit que met d'ailleurs en

---

<sup>189</sup> F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 24 (« barer Doktrinarismus »). La critique trouve un écho positif auprès de J. ESSER : « Vorwort », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 6.

<sup>190</sup> F. RITTNER, *op. cit.*, p. 23.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 25. Dans le même sens à propos du droit administratif : H. EHMKE, « „Ermessen“ und „unbestimmter Rechtsbegriff“ im Verwaltungsrecht », *Recht und Staat* n° 230/31, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1960, p. 30.



avant Rittner pour taxer le « dualisme » de doctrinarisme<sup>192</sup>. Il faudra donc soumettre le « dualisme » à un test pratique (section II).

## SECTION I - LA CRITIQUE DU « DUALISME » AU PLAN THÉORIQUE

**134.** Le « dualisme » prôné par la doctrine allemande fait l'objet de critiques acerbes au plan national (§ 1). Par ailleurs, il n'est pas certain qu'il soit viable à l'échelle du droit privé européen (§ 2). Autant de facteurs qui viennent fragiliser sa force et son rayonnement.

### § 1. REMISE EN CAUSE DU « DUALISME » AU PLAN NATIONAL

**135.** A la lecture d'études plus anciennes, datant de l'époque de l'avènement du BGB, le « dualisme » prôné par la doctrine (civiliste et administrative) majoritaire peut apparaître rétrograde par endroits (A). Aujourd'hui, les postulats sur lesquels il repose tendent à être remis en cause par les enseignements de la méthodologie juridique contemporaine (B).

#### A. LES ENSEIGNEMENTS DES ANCIENS

**136.** Force est de constater que le législateur de 1900, tout comme la doctrine de cette époque, qualifiaient les notions juridiques indéterminées et les « clauses générales » nouvellement introduites dans le BGB de « notions discrétionnaires » (*Ermessensbegriffe*). Autrement dit, elles étaient perçues comme un vecteur du pouvoir discrétionnaire du juge (1). On rejoint ici la logique française traditionnelle et actuelle, qui n'hésite pas à condamner ici des techniques étrangères au Code civil. Or, ce qu'ignorent bien souvent les juristes français, et ce que tendent à montrer les travaux préparatoires du BGB, c'est que le droit français a participé indirectement à l'essor de ces fameuses « clauses générales » en servant de modèle au législateur

---

<sup>192</sup> RITTNER, qui plaide pour une approche *réaliste* du pouvoir discrétionnaire, précise qu'il entend ce terme non pas dans le sens d'une « réalité sociologique » mais dans le sens de la réalité de la pratique du droit : v. art. préc., p. 26.

allemand (2). Reste que face à ces nouveaux « espaces de liberté » conférés au juge, les Anciens en appelaient à une prise en considération accrue des aspects méthodologiques (3).

### ***1. Les « notions discrétionnaires » (Ermessensbegriffe) du BGB***

**137.** Le législateur de 1900 qualifiait encore les multiples notions juridiques indéterminées contenues dans le BGB de notions conférant un pouvoir discrétionnaire au juge (*Ermessensbegriffe*)<sup>193</sup>. Ces « notions discrétionnaires » qui avaient déjà été insérées dans le premier projet de code civil de 1887 ont suscité une foule de prises de position doctrinales<sup>194</sup>. C'est ainsi que la question de la liberté du juge devint l'un des problèmes généraux les plus discutés du projet<sup>195</sup>. Les notions juridiques indéterminées, accueillies plutôt positivement par la doctrine ont été reprises de façon quasiment inchangée dans le deuxième projet de code civil en date de 1895, qui fut déposé au *Reichstag* un an plus tard, sous la forme d'un troisième projet<sup>196</sup>. Ce dernier fut enfin adopté et le Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 pour entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900. Les discussions menées au sein du *Reichstag* révèlent combien ces « notions discrétionnaires » étaient jugées problématiques mais incontournables : on est allé jusqu'à les qualifier de « défaut » (*Fehler*) du projet de loi, celui-ci s'expliquant toutefois essentiellement par l'évolution moderne du droit, et, de ce fait, impossible à éliminer du code<sup>197</sup>.

**138.** Certaines études publiées à cette époque ont le mérite d'explicitier davantage ce que la doctrine civiliste entendait sous le vocable de pouvoir discrétionnaire du juge. Parmi elles, on peut citer celle d'Oskar Bülow intitulée « Loi et magistrature » datant de 1885<sup>198</sup>. Pour l'auteur, la nouvelle démarche du législateur

---

<sup>193</sup> V. les nombreux exemples cités dans l'étude de M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 104-110. Les motifs relatifs au § 106 Entwurf I, le précurseur de l'actuel § 138 BGB (« acte juridique contraire aux bonnes mœurs »), déjà retranscrits plus haut (v. n° xxx), sont les plus édifiants. Le caractère aujourd'hui suranné du concept « Ermessensbegriff » à propos des notions vagues transparaît bien dans l'utilisation de guillemets par l'auteur.

<sup>194</sup> V. les références citées par M. AUER, *op. cit.*, p. 103, note 4.

<sup>195</sup> V. les références citées par M. AUER, *op. cit.*, p. 103, note 4.

<sup>196</sup> M. AUER, *op. cit.*, p. 103.

<sup>197</sup> V. les références citées par M. AUER, *op. cit.*, p. 109, note 23.

<sup>198</sup> O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885.

consistant à ne pas vouloir tout régler jusque dans les moindres détails serait significative d'une nouvelle conception de la fonction judiciaire, celle-ci devenant partie intégrante du pouvoir étatique (*Staatsgewalt*) et, ce faisant, autorisée à former le droit. La méthode législative consistant à autoriser les juges à choisir librement entre plusieurs règles juridiques (*Rechtsnormierungen*<sup>199</sup>) et à s'en remettre à la connaissance ou à l'intelligence (*Rechtseinsicht*), et à la bonne intuition (*richtiges Rechtsgefühl*), du juge en vue qu'il détermine la solution la mieux adaptée aux circonstances particulières du cas d'espèce ouvrirait le champ au pouvoir discrétionnaire du juge<sup>200</sup>. On retrouve ici le critère du libre choix, caractéristique encore aujourd'hui de la notion de pouvoir discrétionnaire, qui semble être ici déduit du fait que le juge ne peut se contenter d'effectuer un simple syllogisme mais est appelé au contraire à prendre une décision personnelle, subjective. C'est dire que la fonction de juger comprend une grande part d'éléments volontaristes (*voluntaristische Bestandteile*)<sup>201</sup>.

**139.** C'est sur ce dernier aspect qu'a insisté par ailleurs Gustav Rümelin. Son discours prononcé à l'université de Fribourg le 6 mai 1891, intitulé « Jugements de valeurs et décisions de volonté en droit civil »<sup>202</sup>, est lui aussi édifiant quant à la perception du travail du juge en droit civil. L'importance des propos tenus par Rümelin se mesure à l'aune du nombre d'auteurs qui se sont référés par la suite à son analyse, parmi lesquels on compte également François Gény. L'auteur souhaitait rompre avec la conception traditionnelle communément répandue selon laquelle le travail de la jurisprudence ne consisterait qu'en des opérations purement logiques, qui aboutiraient toutes à des résultats indiscutables, à condition qu'elles soient correctement effectuées, si bien que toute controverse tournerait constamment autour de la question de savoir si la décision est correcte ou fautive<sup>203</sup>. Contestant cette vision

<sup>199</sup> O. BÜLOW, *op. cit.*, p. 34.

<sup>200</sup> O. BÜLOW, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885, p. 34.

<sup>201</sup> Notons que pour l'auteur, ces éléments volontaristes ne sont pas seulement à l'œuvre en présence de notions vagues (même s'il n'emploie pas ce terme) mais déjà lorsque le juge doit appliquer des règles précises et complètes. Même dans cette dernière hypothèse, le « pouvoir personnel du juge de dire le droit » (« individuelle Rechtsbestimmungsmacht des Richters ») serait inévitable : v. *op. cit.*, p. 34 et s.

<sup>202</sup> G. RÜMELIN, « Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg, Lehmann, 1891. Notons que le terme « Willensentscheidung » contenu dans le titre de son discours pourrait être traduit également par « décision reposant sur la volonté du juge » en vue d'explicitier davantage le message essentiel de son analyse, à savoir que le juge est amené fréquemment à opérer de véritables choix dans le processus de décision.

<sup>203</sup> G. RÜMELIN, « Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg,

des choses, Rümelin avance au contraire que, bien souvent, la jurisprudence ne procéderait pas selon une démarche purement logique mais selon des considérations d'opportunité (*Zweckmäßigkeitserwägungen*) ou des jugements de valeur (*Werturteile*)<sup>204</sup>, de sorte qu'on ne pourrait parler de décisions sûres et indubitables<sup>205</sup>. Selon lui, la « détermination » (*Feststellung*) définitive du droit applicable ne saurait résulter que d'une « décision de volonté » (*Willensentscheidung*) qui serait proche des actes de volonté au moyen desquels le législateur crée du nouveau droit<sup>206</sup>. L'apport essentiel de Rümelin est d'avoir montré l'importance des jugements de valeur (*Werturteile*) dans la science juridique et l'application du droit. Déjà la délimitation des termes juridiques opérée par le juge, qu'il qualifie de travail d'interprétation, exigerait un jugement de valeur de sa part et donc une « décision de volonté »<sup>207</sup>. En effet, pour l'auteur, si un grand nombre de jugements de valeur bénéficient d'une approbation générale, en ce sens qu'ils reposent sur un consensus général, tous ne peuvent l'être<sup>208</sup>. Il existerait un grand nombre de questions auxquelles on pourrait apporter des réponses fort différentes, sans pouvoir dire avec certitude laquelle d'entre elles est juste<sup>209</sup>. La décision finalement prise aura donc dans ce cas un caractère subjectif<sup>210</sup>. Elle procédera d'un acte de volonté de la part du juge<sup>211</sup>. C'est dire que la décision au cas particulier est abandonnée ici au pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*)<sup>212</sup>. A titre illustratif, l'auteur évoque entre autres exemples la notion de bon père de famille ou encore celle de la bonne foi, pour lesquelles une stricte délimitation ne serait pas possible et qui laisseraient le champ au pouvoir discrétionnaire du juge<sup>213</sup>. Et l'auteur de concéder que la délimitation opérée au cas particulier puisse être selon les circonstances plus ou moins arbitraire

---

Lehmann, 1891, p. 29. A suivre l'étude de Regina OGORÉK (*Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Frankfurt, Klostermann, 1986), les thèses défendues par BÜLOW ou RÜMELIN ne seraient pas si novatrices qu'on pourrait le penser (*op. cit.*, p. 267 et s.). Un auteur comme ZIRKLER (1807) aurait défendu déjà bien avant les mêmes idées : c'est ainsi que ce dernier définissait l'essence de la fonction du juge comme le fait de choisir entre plusieurs solutions (*op. cit.*, p. 79).

<sup>204</sup> *Op. cit.*, p. 29 et 46.

<sup>205</sup> *Ibid.*

<sup>206</sup> *Ibid.*

<sup>207</sup> G. RÜMELIN, *op. cit.*, p. 32.

<sup>208</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>209</sup> *Ibid.*

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

<sup>211</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>212</sup> *Op. cit.*, p. 52.

<sup>213</sup> *Op. cit.*, p. 52 et s.

(*willkürlich*)<sup>214</sup>. Force est de reconnaître que le jugement de valeur appelle bien une pondération ou comparaison (*Abwägen*) et un « mesurage » (*messen*), et donc dans un certain sens aussi un « pouvoir discrétionnaire » (*Ermessen*)<sup>215</sup>.

**140.** Il ressort de la lecture de ces diverses études que la notion de pouvoir discrétionnaire (*richterliches Ermessen*) servait à caractériser une situation où le juge ne peut se contenter d'effectuer un simple syllogisme juridique, où il doit au contraire poser un jugement de valeur. On rejoint l'analyse qui a cours aujourd'hui encore en droit français.

A ce titre, la doctrine française ne cesse de souligner le peu de place réservé dans le Code de 1804 à ces notions générales laissant un important pouvoir d'interprétation au juge comme témoignage de la méfiance du droit français vis-à-vis du juge<sup>216</sup>. Mais ce qu'on ignore bien souvent, en France, c'est que le style législatif français a servi paradoxalement de modèle à ce qu'il est convenu d'appeler aujourd'hui les « clauses générales » du droit allemand, qui font toute sa spécificité<sup>217</sup>.

## ***2. L'influence du droit français sur la naissance des « clauses générales » allemandes***

**141.** Rappelons qu'au moment de l'élaboration du BGB, le Code civil français était non seulement la codification la plus achevée qui existait mais aussi un droit en vigueur dans certaines parties du territoire allemand. En effet, le passage de vastes territoires allemands sous domination française y assura la diffusion du Code civil. Il

---

<sup>214</sup> *Op. cit.*, p. 52. Quelques pages auparavant, RÜMELIN affirme toutefois de façon plus nuancée que les décisions reposant sur un jugement de valeur ne sont pas purement arbitraires, du moins qu'elles ne doivent pas l'être forcément (v. *op. cit.*, p. 47).

<sup>215</sup> Le terme « Ermessen » (« discrétionnaire ») se compose du radical « messen » qui signifie « mesurer ».

<sup>216</sup> V. R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, Paris, LGDJ, 2012, n° 18, p. 23 ; C. JAUFFRET-SPINOSI, « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », in S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 39 ; la même, « La structure du droit français », RIDC 2002, p. 274.

<sup>217</sup> C'est ce qui ressort de l'étude très éclairante de M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 104 et s.

y resta en vigueur, dans certaines régions, en Rhénanie<sup>218</sup> notamment, jusqu'au 31 décembre 1899. Cela explique que les rédacteurs du BGB se soient constamment référé aux dispositions du Code civil à titre de comparaison, ce dont attestent les travaux préparatoires<sup>219</sup>.

**142.** En droit des contrats, l'expression de « clause générale » est immédiatement associée aux paragraphes 138 (relatif aux bonnes mœurs), 157 (relatif à l'interprétation des contrats) et 242 (relatif à la bonne foi) du BGB.

On trouve déjà dans le premier projet de rédaction du BGB (*erster Entwurf zum BGB*) de 1887 les prédécesseurs des actuels § 138 al. 1 et 242 BGB<sup>220</sup> ainsi qu'une multitude de notions indéterminées. Parmi ces dernières, on compte de nombreux renvois aux notions de « bonne foi » et « bonnes mœurs » ainsi que des références au « pouvoir discrétionnaire » sous plusieurs formes (ex. : *billiges Ermessen, freies Ermessen*<sup>221</sup>). D'aucuns ont souligné que cet emploi massif de notions indéterminées ne trouvait aucun précédent dans l'histoire de la législation allemande<sup>222</sup>. On y voit ici l'influence du Code civil<sup>223</sup>.

---

<sup>218</sup> Les territoires directement concernés, dans lesquels s'appliquaient non seulement le Code civil, mais également les autres codes, notamment le Code de procédure et le Code de commerce, étaient le Grand-Duché de Berg, le royaume de Westphalie (qui, vers l'Est, s'étendait jusqu'à l'Elbe), enfin, de 1811 à 1813, pour une très brève période, la bande côtière le long de la mer du Nord, avec Brême et Hambourg. Le Duché de Bade adopta le Code civil de son propre gré en y apportant quelques modifications. Dans les autres Etats allemands, des réformes furent réalisées volontairement, spécialement dans les Etats du sud (Bavière, Wurtemberg), où l'idéal des Lumières était encore vivant.

<sup>219</sup> Parmi les onze membres de la première commission de rédaction nommée en 1874, on comptait des représentants des principaux droits en vigueur en Allemagne, et dont faisait partie le droit français. V. Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin, Guttentag, 1896, p. IX : « Die Kommission wurde derart zusammengesetzt, daß in ihr einerseits die Rechtswissenschaft und die juristische Praxis, andererseits die hauptsächlich in Deutschland bestehenden Rechte, das Gemeine, das Preußische, das Französische und Badische sowie das Sächsische Recht, Vertretung fanden ». On trouvait donc au sein du comité de rédaction de fins connaisseurs du droit civil français. Rappelons que le système d'élaboration du BGB était fondé exclusivement sur le droit existant. Le but de ce Code n'était pas de créer un droit nouveau, mais de codifier le droit existant. Pour cela, il cherchait d'abord à dégager les principes communs. Là où il y avait des principes différents, on choisissait celui qui convenait le mieux aux besoins du temps (v. sur ces aspects L.-J. CONSTANTINESCO, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, préf. R. CASSIN, Paris, Rousseau & Cie, 1940, n° 7).

<sup>220</sup> V. § 106 « Entwurf I » (actuel § 138 al. 1 BGB) et § 359, 224 « Entwurf I » (actuels § 157, 242 BGB).

<sup>221</sup> On a déjà eu l'occasion de souligner qu'il s'agissait avant tout du pouvoir discrétionnaire d'une des parties au contrat, moins du pouvoir discrétionnaire du juge.

<sup>222</sup> V. parmi d'autres : M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 104.

<sup>223</sup> En ce sens : M. AUER, *op. cit.*, p. 104 et s. Rapp. J. W. HEDEMANN, *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, Mohr, 1933, p. 4 : « Unsere Vorfäter, die Pandektisten und Landrechtjuristen, die Richter des sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuchs und die des Code civil – vornehmlich die letzteren – sind auch schon im Besitz von Generalklauseln gewesen ».

Prenons par exemple le § 106 du premier projet de rédaction (prédécesseur de l'actuel § 138 al. 1 BGB) : afin de justifier la règle selon laquelle un acte juridique qui contreviendrait aux bonnes mœurs est nul, ses auteurs se réfèrent notamment aux articles 1131 et 1133 C. civ.<sup>224</sup>. Non seulement la notion de « bonnes mœurs » mais aussi la référence à « l'ordre public » de l'article 1133 C. civ. semblent avoir inspiré les rédacteurs du premier projet<sup>225</sup> : en effet, ces derniers avaient prévu la nullité de l'acte juridique également en cas de contrariété de celui-ci à l'ordre public (*öffentliche Ordnung*)<sup>226</sup>. Il est intéressant de constater que c'est précisément à cet endroit que les rédacteurs du BGB ont eu pleinement conscience de la marge de manœuvre qu'ils ouvraient ainsi au juge et qu'ils ont ressenti les dangers du pouvoir discrétionnaire du juge. En effet, ils n'hésitent pas à reconnaître que la règle énoncée au § 106 représente un pas législatif important qui n'est pas sans susciter des doutes ou craintes<sup>227</sup>. Elle conférerait au juge une marge de pouvoir discrétionnaire qui serait inconnue jusqu'ici dans les grandes matières juridiques<sup>228</sup>. C'est d'ailleurs en raison de son caractère trop imprécis<sup>229</sup> que la référence à l'ordre public (*öffentliche Ordnung*) a été supprimée dans les projets de rédaction ultérieurs<sup>230</sup>.

**143.** Au vu de ce qui vient d'être dit, il peut paraître étonnant que les rédacteurs du BGB n'aient pas émis les mêmes réserves et exprimé les mêmes craintes à propos de la « clause générale » de la bonne foi. Dans le premier projet de rédaction, les actuels § 157 et 242 BGB étaient réunis dans une seule norme juridique : le § 359 « Entwurf I »<sup>231</sup>. On sait que l'actuel § 157 BGB pose une règle

<sup>224</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. I, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, § 106, p. 211.

<sup>225</sup> Il convient de souligner en même temps que le droit français n'est pas le seul qui ait servi de modèle à ce titre.

<sup>226</sup> Le § 106 « Entwurf I » était formulé en ces termes : « Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstößt, ist nichtig » (nous soulignons).

<sup>227</sup> *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. I, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, § 106, p. 211 et s.

<sup>228</sup> Ibid.

<sup>229</sup> V. les nombreuses critiques avancées contre la référence à l'« ordre public » : *Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. I, Osnabrück, Otto Zeller, 1967 (Neudruck der Ausgabe von 1890), § 106, p. 178 et s. ; Protokolle, in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. I, Berlin, Decker, 1899, p. 725.

<sup>230</sup> Mais, en même temps, afin de permettre au juge d'opérer un contrôle des motifs des parties et non pas seulement un contrôle du contenu objectif du contrat, la référence au « contenu » de l'acte juridique a été supprimée par la suite.

<sup>231</sup> Il était rédigé en ces termes : « Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt dieser Verbindlichkeit ergibt ».

d'interprétation des contrats<sup>232</sup>. Aussi la référence faite au principe de la bonne foi et aux usages admis dans les affaires dans le § 359 « Entwurf I » visait-elle principalement à permettre de concrétiser le contenu des obligations contractuelles<sup>233</sup>. En même temps, les rédacteurs disent vouloir exprimer un principe fondamental à leurs yeux selon lequel les échanges commerciaux seraient dominés aujourd'hui par le principe de la bonne foi<sup>234</sup>. Les courtes observations relatives à la règle posée au § 359 « Entwurf I » montrent qu'elle devait avant tout aider à la définition du contenu du contrat. Les rédacteurs se félicitent par ailleurs de l'effet de simplicité obtenu à l'aide du § 359 « Entwurf I » : en soumettant l'ensemble du droit des contrats au principe de la bonne foi, on éviterait de devoir poser des règles spéciales pour chaque type de contrat<sup>235</sup>. Là encore, le droit français a joué un rôle exemplaire : les rédacteurs disent avoir posé une règle semblable à celle existant dans d'autres codifications modernes ; sont cités notamment les articles 1134 et 1135 C. civ.<sup>236</sup> A l'heure actuelle, une telle référence a de quoi étonner. En effet, en matière contractuelle, rien ne semble opposer davantage les systèmes juridiques français et allemand que la différente acception du principe de la bonne foi. D'aucuns y voient là une opposition irréductible entre le droit français et le droit allemand. Au moment de l'élaboration du premier projet de rédaction toutefois, nul n'avait présagé le destin qu'allait connaître par la suite le § 242 BGB. Les rédacteurs eux-mêmes ne l'avaient pas envisagé, comme en témoignent la brièveté des motifs et l'évidence avec laquelle ils ont posé le principe.

---

<sup>232</sup> § 157 BGB : « Les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaires (traduction reprise de G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, Traduction commentée, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010).

<sup>233</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, § 359, p. 198 : « Es werden hierdurch nicht bloß gewisse Anhaltspunkte für die Ermittlung der aus konkreten Verträgen entspringenden Verpflichtungen gegeben, (...) ». C'est ce que confirment également les sources reproduites chez H. H. JAKOBS, W. SCHUBERT (dir.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1978, §§ 241 bis 432, p. 47 : force est de constater que les discussions tournaient principalement autour de la question de la nécessité ou non d'établir des règles d'interprétation ; on peut y lire également que la majorité des auteurs voyaient dans les prédécesseurs des § 157 et 242 BGB une règle d'interprétation du contrat et non une règle venant consacrer l'obligation d'exécuter le contrat.

<sup>234</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, § 359, p. 198 : « (...), sondern vor Allem der wichtige und praktische Grundsatz zum Ausdruck gebracht, daß der heutige Geschäftsverkehr von der Rücksicht auf Treue und Glauben beherrscht wird, (...) ».

<sup>235</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, § 359, p. 198 *in fine*.

<sup>236</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, § 359, p. 197. L'influence du droit français sur le droit allemand en la matière est soulignée également par B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, th. Lyon, préf. F. FERRAND, Paris, Dalloz, 2001, n° 476 :



**144.** Notons que la notion de « bonnes mœurs » inspirée du droit français a été utilisée également par les rédacteurs du BGB dans le domaine du droit délictuel. Ce domaine juridique dépassant le cadre de notre étude, nous soulignerons simplement pour les besoins de la démonstration que le droit français a servi, là encore, de modèle à une règle juridique qu'on qualifie aujourd'hui de « clause générale ». Le § 705 du premier projet de rédaction (prédécesseur de l'actuel § 826 BGB<sup>237</sup>) disposait, en substance, qu'est illicite tout acte relevant en soi de la liberté individuelle mais qui cause un dommage à autrui et qui contrevient aux bonnes mœurs<sup>238</sup>. Ici, ce n'est pas tant une notion spécifique, celle de « bonnes mœurs », que le caractère général des termes des articles 1382 et 1383 C. civ. qui a servi de modèle au législateur allemand<sup>239</sup>. Les rédacteurs expliquent que le § 705 vient ajouter une catégorie supplémentaire d'actes illicites (qui mettent donc en cause la responsabilité délictuelle de leur auteur) à côté de ceux prévus au § 704 (actes contrevenant à des interdictions légales expresses ; atteintes aux droits absolus d'autrui) : celle des actes contrevenant à la loyauté (*illoyale Handlungen*) ou aux bonnes mœurs. Avec cette norme, ils visaient à combler un vide juridique et à améliorer l'état du droit (matériel) de l'époque critiqué pour ne pas protéger suffisamment la victime, le droit français faisant ici figure d'exception<sup>240</sup>. Le § 705 devait donc parfaire et « arrondir » le système des actions délictuelles. La voie choisie pour remédier à cet état de droit jugé insatisfaisant s'inspire fortement de la technique législative du Code civil : les auteurs énoncent un « principe général »<sup>241</sup> plutôt que d'interdire certains actes en particulier (et augmenter ainsi le nombre des délits spéciaux) ou de faire dépendre la responsabilité de l'auteur du dommage de la réunion de faits (générateurs)

---

« Il est indéniable que les législateurs allemands se sont inspirés du modèle français pour donner naissance aux §§ 157 et 242 du BGB ».

<sup>237</sup> Le § 826 BGB dispose : « Celui qui agissant intentionnellement et contrairement aux bonnes mœurs cause un préjudice à autrui est obligé envers celui-ci à la réparation du dommage ».

<sup>238</sup> § 705 « Entwurf I » : « Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt ».

<sup>239</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, §§ 704, 705, p. 725.

<sup>240</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, §§ 704, 705, p. 726 : « Es ist eine alte Klage, das geltende materielle Recht sei, von dem franz. Rechte abgesehen, zum Schutze der Beschädigten unzureichend » (nous soulignons).

<sup>241</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, §§ 704, 705, p. 726 et s. : « Die einschlagenden Fälle müssen vielmehr unter das *Hauptprinzip* gestellt werden, welches alle Singularitäten entbehrlich macht und die Anforderungen des Lebens befriedigt » (nous soulignons).

spécifiques. Selon la première commission, l'énoncé d'un tel « principe général » correspondrait à une pensée moderne du droit (*moderne Rechtsanschauung*) : celui qui agit dans le cadre de sa liberté individuelle (et non en vertu d'un droit spécifique) ne saurait abuser de cette liberté aux fins de causer un dommage à autrui ; il y a abus lorsque la façon d'agir contrevient aux bonnes mœurs<sup>242</sup>. Ici encore, les rédacteurs du BGB étaient pleinement conscients du large pouvoir qu'ils conféraient ainsi au juge. En effet, après avoir évoqué les avantages d'un tel principe, à portée générale, ils ne manquent pas de souligner que la mise en œuvre du principe du § 705 demande une prudence et une précaution particulières mais qu'ils ont pleinement confiance en ce que les tribunaux sauront résoudre cette tâche<sup>243</sup>.

Ainsi, il ressort très clairement des travaux préparatoires que les rédacteurs du BGB étaient pleinement conscients des avantages et des inconvénients liés à l'utilisation de notions indéterminées ou de « clauses générales ». Il convient de mettre ce dernier terme entre parenthèses car à cette époque, la notion n'était pas usitée et renvoyait davantage à l'idée d'« énoncé général »<sup>244</sup>. C'est donc la généralité d'un énoncé, sa texture ouverte, caractéristiques du Code civil français, qu'a emprunté à certains endroits le législateur allemand<sup>245</sup>. On a vu que ce dernier y voyait un vecteur du pouvoir discrétionnaire du juge.

---

<sup>242</sup> *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, §§ 704, 705, p. 727 : « Diese Ausdehnung beruht auf dem den modernen Rechtsanschauungen, denen auch jene Klage entstammt, entgegenkommenden Gedanken : wer ein besonderes Recht ausübt, muß zwar immer haftfrei sein, auch wenn er aus Schikane handelt ; wer dagegen nur kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderer mißbrauchen ; ein Mißbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgeföhle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht ».

<sup>243</sup> *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, §§ 704, 705, p. 727 : « Die Handhabung des Prinzipes des § 705 erfordert allerdings Umsicht und Behutsamkeit, indessen darf darauf vertraut werden, daß die Gerichte die Aufgabe zu lösen wissen werden ».

<sup>244</sup> Ainsi, on trouve, dans les motifs du BGB, l'expression « *clausula generalis* », pour définir par ex. la cause unique de divorce du § 1444 « Entwurf I » (connue sous le nom de « *relativer Scheidungsgrund* ») (v. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. IV, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, p. 573). Comme il a été souligné, l'expression caractérise simplement la règle générale par opposition aux règles spéciales, casuistiques (« *Die relativen Scheidungsgründe sind jedoch nicht einzeln bezeichnet, sondern im § 1444 auf ein gemeinsames Prinzip zurückgeführt*). Diese Art der Regelung enthält allerdings gegenüber der Mehrzahl der bestehenden Rechte eine Neuerung »). Elle ne correspond pas à l'acception moderne de la « *clause générale* » (« *Generalklausel* ») qui est apparue plus tard à la fin du 19<sup>e</sup> siècle : v. M. AUER, *op. cit.*, p. 107, note 17.

<sup>245</sup> V. à ce titre F. GÉNY, « La Technique législative dans la Codification civile moderne », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. II, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 1020 : « De fait, c'est bien le mérite le plus saillant, que les étrangers attribuent à la technique, telle quelle, du Code civil français, que, par la vertu même de sa malléabilité, de son indécision, et, pour tout dire, de son manque de fini, elle aurait ouvert le champ à une élaboration indépendante du Droit civil, qui se serait opérée de la façon la plus heureuse, grâce aux efforts

**145.** A suivre une étude, le droit français pourrait même être à l'origine du concept allemand de « clause générale » (*Generalklausel*)<sup>246</sup>. Ainsi qu'il a été démontré, ce n'est pas sur le terrain du droit civil mais sur le terrain spécial du droit de la concurrence qu'est né le concept de « Generalklausel »<sup>247</sup>. En effet, l'expression de « clause générale » apparaîtrait pour la première fois au moment de l'élaboration de la loi sur la répression de la concurrence déloyale (loi du 27 mai 1896)<sup>248</sup>. Les rédacteurs de cette première loi étaient encore très hostiles à l'introduction d'une « clause générale » à l'image du droit français, préférant user d'un énoncé casuistique<sup>249</sup>. L'idée d'une interdiction *générale* de la concurrence déloyale sur le modèle du droit français qui fonde l'action en concurrence déloyale sur les articles 1382 et 1383 C. civ.<sup>250</sup>, ces « clauses générales délictuelles »<sup>251</sup>, a provoqué une levée de boucliers de la part de certains députés<sup>252</sup>. En témoigne un extrait du rapport de la VI<sup>e</sup> commission du *Reichstag* soulignant les différences profondes entre le droit français et le droit allemand et les raisons d'une telle résistance à l'égard du mode d'énoncé général. On peut y lire : « Le juge français a toujours été habitué à tirer des conclusions concrètes à partir de principes généraux du droit, sans attendre une spécialisation de la part du législateur, tandis que le juge allemand a toujours eu tendance à se rattacher davantage à l'énoncé de la loi et à effectuer une distinction entre les principes législatifs généraux et les dispositions juridiques concrètes. La question de savoir lequel des deux modes de jurisprudence a le plus d'avantages peut rester ouverte. En tout cas, c'est un fait que la jurisprudence allemande a évolué jusqu'à présent exclusivement de la manière décrite ci-dessus et il n'apparaît pas souhaitable au moment présent et à partir de cet endroit d'opérer une rupture dans les principes de la jurisprudence allemande »<sup>253</sup>.

---

incessants et sagement progressifs de la jurisprudence, secondée, quoique d'un peu loin peut-être, par la doctrine » (nous soulignons).

<sup>246</sup> En ce sens : M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 104 et 113.

<sup>247</sup> *Op. cit.*, p. 110 et s., spéc. p. 112.

<sup>248</sup> *Ibid.*

<sup>249</sup> *Ibid.*

<sup>250</sup> V. L. VOGEL, *Droit de la concurrence déloyale*, Paris, LawLex, 2007-2008, n° 2.

<sup>251</sup> Selon l'expression utilisée par les auteurs allemands : v. M. AUER, *op. cit.*, p. 111.

<sup>252</sup> V. les références citées par M. AUER, *op. cit.*, p. 111 et s. Les insuffisances et les difficultés pratiques résultant de l'énoncé casuistique ont amené par la suite les rédacteurs de la seconde loi (du 7 juin 1909) à choisir un mode d'énoncé général en dépit des craintes éprouvées à l'égard d'un tel mode d'énoncé législatif.

<sup>253</sup> « Der französische Richter ist von jeher gewohnt gewesen, aus allgemeinen Rechtsprinzipien konkrete Schlussfolgerungen zu ziehen, ohne eine Spezialisierung durch den Gesetzgeber abzuwarten, während der deutsche Richter von jeher die Neigung gehabt hat, sich enger an den Wortlaut eines Gesetzes anzuschließen und eine Unterscheidung zwischen allgemeinen legislatorischen Prinzipien und konkreten Rechtsvorschriften zu

146. Le contexte dans lequel la notion de « Generalklausel » est apparue montre que le terme de « clause générale » était utilisé à l'origine par opposition au mode d'énoncé casuistique<sup>254</sup>. Certains auteurs présument ainsi que l'expression « Generalklausel » est inspirée de la terminologie juridique française, en particulier des termes respectifs de « règle générale » et de « principe général », utilisés par les auteurs français en rapport avec l'article 1382 C. civ.<sup>255</sup>. En même temps, c'est dans le contexte spécial du droit de la concurrence que l'alternative se posant entre « clause générale » et application liée de la règle juridique est apparue comme une question de principe d'ordre général touchant les fondements de l'ordre juridique allemand<sup>256</sup>. Selon une analyse, c'est à partir de ce moment que le terme « Generalklausel » a servi à désigner un problème de théorie juridique nouvellement découvert : celui des conditions légales (présupposé) « ouvertes » ouvrant le champ au pouvoir discrétionnaire du juge<sup>257</sup>.

### 3. L'appel des Anciens

147. Il est intéressant de noter que dans la doctrine civiliste allemande plus ancienne, qui, on l'a vu, assimilait notion vague et pouvoir discrétionnaire du juge,

---

machen. Es mag die Frage unerörtert bleiben, ob die französische oder die deutsche Art der Rechtsprechung größere Vorzüge hat, jedenfalls ist es eine Tatsache, daß die deutsche Rechtsprechung sich bisher ausschließlich in der bezeichneten Weise entwickelt hat, und es kann nicht wünschenswert erscheinen, im gegenwärtigen Augenblick von dieser einen Stelle aus einen Einbruch in die Prinzipien der deutschen Rechtsprechung zu machen » : Bericht der VI. Kommission des Reichstags, Stenographische Berichte, Band 152 (IX. Legislaturperiode, IV. Session 1895/97, Anlagenband II), Drucksache Nr. 192, p. 1116 et s. (cité d'après M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 112). Rappr. H.-J. PUTTFARKEN, J. SCHNIER, « Der Code Napoléon damals und heute – Eine Betrachtung aus deutscher Sicht », ZVglRWiss. (105) 2006, p. 238 : « (...) wählte der französische Gesetzgeber zumeist den richterfreundlichen Weg ». Adde B. MARKESINIS, H. UNBERATH, A. JOHNSTON, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford et Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 18, qui estiment, de ce fait, que le droit français est plus proche du droit anglais.

<sup>254</sup> V. aujourd'hui encore K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 156 et s.

<sup>255</sup> V. en ce sens M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 113 et les références citées. Pour appuyer sa thèse, l'auteur relève par ailleurs que le droit français de la concurrence a, dans l'ensemble, servi de modèle au droit allemand, ce dont témoigne le choix du terme « unlauterer Wettbewerb » s'alignant sur le terme français « concurrence déloyale ».

<sup>256</sup> M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 112.

<sup>257</sup> M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, p. 107 et 112 (« allgemein gebräuchliches Schlagwort für [offene] richterliche "Ermessenstatbestände" »).

certains auteurs avaient envisagé des garde-fous et des remèdes face à un tel état de droit jugé communément insatisfaisant<sup>258</sup>. C'est le cas de Rümelin notamment, dont l'analyse, rappelons-le, avait pour objet une prise de conscience de la réalité et de l'importance des jugements de valeur et des « décisions de volonté » dans la matière du droit civil. Dans son discours, que la doctrine contemporaine qualifie de « pionnier » et « novateur » (*bahnbrechend*<sup>259</sup>), l'auteur avait envisagé les réponses pouvant être apportées au constat qu'il faisait : celles-ci étaient d'ordre méthodologique<sup>260</sup>.

Ainsi que le formulait Rümelin, si ses propres considérations devaient se révéler être justes, la conséquence principale qu'il faudrait en tirer pour la théorie et pour la pratique serait une prise en considération accrue des aspects méthodologiques de la prise de décision judiciaire<sup>261</sup>. Selon l'auteur, lorsque les questions de pure logique juridique se mêlent aux jugements de valeurs et aux « décisions de volonté », il apparaîtrait nécessaire, ici plus qu'ailleurs, de déterminer précisément par quel chemin une solution peut être trouvée et dans quelle mesure cette dernière peut prétendre avoir une valeur générale<sup>262</sup>. On devrait, pour chaque « opération intellectuelle » (*geistige Operation*) existant sur le terrain juridique, vérifier dans quelle mesure elle procède d'un raisonnement logique ou repose sur un jugement de valeur ou une « décision de volonté »<sup>263</sup>. Et l'auteur de souligner que si la recherche méthodique devait arriver au résultat que la décision doit procéder d'un jugement de valeur, le travail scientifique ne serait nullement terminé. En effet, il conviendrait alors de faire état, de façon la plus exhaustive possible, de tous les paramètres qui entrent en considération dans le processus de décision. Selon Rümelin, l'occurrence d'éléments purement subjectifs dans ce processus n'empêcherait pas que puissent se tenir certaines argumentations concernant les rapports entre les diverses valeurs<sup>264</sup>.

---

<sup>258</sup> V. par ex. G. RÜMELIN, « Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg, Lehmann, 1891, p. 53 (« Übelstand »).

<sup>259</sup> V. de façon critique toutefois R. OGOREK, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Habil., Frankfurt, Klostermann, 1986, p. 267 et s.

<sup>260</sup> V. *op. cit.*, p. 49 et s.

<sup>261</sup> G. RÜMELIN, « Werturteile und Willensentscheidungen im Civilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg, Lehmann, 1891, p. 49.

<sup>262</sup> *Ibid.*, p. 49 et s.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 50 et s.

<sup>264</sup> *Ibid.*, p. 51.

C'est dire que sur la voie des jugements de valeur, il faudrait essayer d'arriver à des règles solides et tenter d'aboutir à un accord entre les points de vue contradictoires<sup>265</sup>.

**148.** L'invitation formulée par Rümelin à l'adresse de la méthodologie juridique sonne quelque peu comme une annonce du « dualisme » contemporain qui, nous l'avons vu, repose principalement sur des considérations d'ordre méthodologique. On peut se demander, toutefois, si le postulat suivant lequel une notion juridique indéterminée ne peut aboutir qu'à une seule solution juste (vraie) au cas particulier, se distinguant ainsi du pouvoir discrétionnaire caractérisé par une liberté de choix (du côté de l'effet juridique), apparaît véritablement comme une réponse moderne à la problématique mise en lumière par Rümelin. Les enseignements de la méthodologie juridique récente invitent à répondre par la négative.

### **B. LES ENSEIGNEMENTS DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE RÉCENTE**

**149.** Au regard de l'analyse des Anciens, le dualisme prôné par la doctrine dominante contemporaine peut apparaître à certains égards rétrograde, puisqu'elle vient relativiser, sinon occulter, la part de subjectivité dans la prise de décision en lien avec les notions juridiques indéterminées. Cela n'empêche pas les partisans du dualisme de se référer expressément aux Anciens comme Bülow, pour reconnaître que la formation du raisonnement (*Denkvorgang*) contient un certain nombre d'éléments volontaristes, ce qui distinguerait l'activité du juge du travail déclaratoire et descriptif de l'historien ou du sociologue<sup>266</sup>. Mais ils insistent néanmoins sur le fait que la décision de volonté du juge doit être conforme aux valeurs consacrées par le législateur, qu'elle est donc « liée » et non abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*)<sup>267</sup>. C'est ici que la doctrine du dualisme se distingue de

---

<sup>265</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>266</sup> V. H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 12. Comp. D. SIMON, « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? » (consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>) : « Die Unklarheiten, Lücken, Widersprüche und sonstigen Defizite des Normenapparates waren schon zu Beginn des 19. Jahrhunderts ebenso evident, wie die Unmöglichkeit die gerechtigkeitspolitischen Absichten der Entscheider, das berühmte "voluntative Element" gänzlich hinter dem Gesichtspunkt der "Anwendung" eines Vorgegebenen verschwinden zu lassen ».

<sup>267</sup> H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 12. De la même manière, la Cour fédérale constitutionnelle énonce, à propos du pouvoir créateur de la jurisprudence (civile) cette fois, qu'il appartient aux juges de mettre en lumière et de réaliser dans leurs décisions les idéaux qui, bien qu'immanents à l'ordre juridique constitutionnel n'ont pas trouvé, ou pas assez, de consécration dans les textes des lois écrites, et ce au moyen d'un « acte d'appréciation

l'analyse plus ancienne : les notions juridiques indéterminées sont considérées comme étant suffisamment déterminables en règle générale pour justifier l'idée qu'une seule décision n'est possible<sup>268</sup>. C'est dire qu'en dépit des éléments volontaristes que peut contenir la décision, celle-ci est perçue comme un acte de connaissance<sup>269</sup>. Il s'ensuit que le juge n'a aucun pouvoir discrétionnaire puisqu'il ne fait rien d'autre que dire ce qui est objectivement déterminé. Le fait que la concrétisation des notions juridiques indéterminées soit envisagée en partie au moins comme un travail d'interprétation a pu constituer une assise à ce postulat, tout comme l'idée que le juge pourrait s'appuyer sur un système de valeurs.

Or voilà : la conception traditionnelle de l'interprétation comme acte de connaissance se voit elle-même remise en cause par la méthodologie juridique contemporaine (1). Il en va de même de l'image de l'« unité du droit » (2). Comme le formule un auteur, « Au fond, il n'y a pas de solution unique, il n'y a pas d'interprétation exacte et surtout il n'y a pas de méthode pour connaître l'interprétation vraie parce que la langue du droit n'est pas un langage artificiel univoque »<sup>270</sup>. C'est dire combien les enseignements « modernes » viennent fragiliser le dualisme.

### *1. L'interprétation comme pur acte de volonté*

**150.** En premier lieu, on fait remarquer que dans son travail d'interprétation, le juge n'est lié à aucune méthode d'interprétation, ce qui lui donnerait une grande

et de connaissance » qui n'est pas exempt d'éléments de volonté. Et d'ajouter que le juge doit se garder de tout arbitraire ; que sa décision doit reposer sur une argumentation rationnelle : v. BverfG 1. Senat, 14.2.1973 (Beschluss), 1 BvR 112/65 (Soraya), n° 38 : « Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, *in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen*, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. Der Richter muß sich dabei *von Willkür freihalten* ; seine Entscheidung muß auf rationaler Argumentation beruhen » (nous soulignons).

<sup>268</sup> H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 23 (« Die Wertung wird dabei als zumindest so bestimmbar angesehen, daß der Idee nach nur eine Entscheidung möglich ist »).

<sup>269</sup> V. F. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, Wien, Springer, 1982, p. 173 : l'auteur souligne que la théorie moderne de la connaissance (« moderne Erkenntnistheorie ») reconnaît la part de subjectivité immanente à chaque décision, si bien qu'elle est présumée par la méthode « traditionnelle » d'interprétation.

<sup>270</sup> M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, th. Aix-Marseille, 1999, n° 9, p. 18 (qui s'appuie sur KELSEN et HART).

« marge de liberté » (a). Allant plus loin, certains n'hésitent pas à considérer que c'est le juge lui-même qui est l'auteur de la norme : c'est que soutient la théorie « réaliste » de l'interprétation (b). La vérité se situe peut-être à mi-chemin entre la théorie classique et la théorie « réaliste » de l'interprétation. Cette synthèse est effectuée par l'« Ecole belge » (c).

### *a) Le choix de la méthode d'interprétation par le juge*

**151.** Pour certains, la liberté du juge découlerait du fait que le juge n'est pas lié à une certaine méthode d'interprétation<sup>271</sup>. En effet, « les méthodes du juge existent certainement », « mais elles sont (...) seulement des instruments mis au service d'un raisonnement finaliste ; le juge certes mobilise un appareil de méthodes qu'il utilise d'ailleurs avec liberté, mais il n'est pas dominé ni entraîné par elles et les choisit au contraire au service du but qu'il tient pour juste »<sup>272</sup>. Si cette considération est plus présente dans les écrits français, on la trouve également en droit allemand<sup>273</sup>.

**152.** Il faut noter toutefois que l'idée suivant laquelle le juge serait libre dans le choix des méthodes d'interprétation fait l'objet actuellement d'une forte controverse au sein de la doctrine allemande, toute branche du droit confondue, et que

<sup>271</sup> Notons que certains auteurs s'attaquent encore plus directement à ce qu'ils appellent le « dogme » de la solution unique en considérant que : v. par ex. M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, th. Aix-Marseille, 1999, n° 9, p. 18 (qui s'appuie sur KELSEN et HART).

<sup>272</sup> La formule est tirée d'un ouvrage français (D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Méthodes du juge, p. 1018 ; adde Ch. BORNET, « La logique judiciaire devant la Cour de cassation », in *La logique judiciaire*, 5<sup>e</sup> colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967), Paris, PUF, 1969, p. 88) mais correspond à l'analyse d'une grande partie de la doctrine allemande : v. par ex. W. HASSEMER, « Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik », *Rechtstheorie* 39 (2008), p. 12 et s. (on notera que l'auteur fut vice-président de la Cour constitutionnelle fédérale). On peut rapprocher ici les voix qui considèrent que la méthodologie juridique n'est pas une science mais un art (v. par ex. G. HAGER, *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 7. Kap., n° 33 et s.). Selon l'analyse, le juge trouverait intuitivement la bonne solution, sans dépendre de consignes théoriques. C'est en ce sens également que le juge anglais Johan STEYN énonce : « Interpretation is not a science. It is an art. It is an exercise involving the making of choices between feasible interpretations » (« The Intractable Problem of Interpretation of Legal Texts », (2003) 25 Sydney Law Review, p. 8).

<sup>273</sup> V. W. HASSEMER, *op. cit.* : « Mit der Wahl einer bestimmten Auslegungsmethode ist deshalb typischerweise auch ein bestimmtes Ergebnis gewählt, ein anderes ist abgewiesen ; und wer sein Fach beherrscht, kann dies voraussehen und strategisch einsetzen » ; J. ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, F.a.M., Athenäum, 1970. La Cour constitutionnelle fédérale a d'ailleurs eu l'occasion de souligner que la Loi fondamentale allemande n'imposait pas une méthode spécifique d'interprétation de la loi (BverfGE 88, p. 145 et s., spéc. p. 167, cité d'après B. RÜTHERS, « Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl ? – Hypothesen zu einer Diskussion », *ZRP* 2/2008, p. 50). Pour DENYS SIMON, la tentative de codifier strictement le processus interprétatif par des règles impératives reposerait d'ailleurs sur une aporie logique : « les règles d'interprétation codifiées sont elles aussi des énoncés linguistiques qu'il convient d'interpréter par des méta-règles, lesquelles devraient aussi faire l'objet d'une interprétation, (...) » : « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviances*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 50.



semble avoir initiée le professeur Bernd Rüthers<sup>274</sup>. Dans plusieurs articles, ce professeur de droit civil et de théorie juridique récuse fermement l'opinion selon laquelle les tribunaux seraient libres de choisir leur méthode d'interprétation, au motif qu'elle contreviendrait à tous nos principes fondamentaux (principe de séparation des pouvoirs, principe de soumission du juge à la loi, v. les art. 20 II, III, 97 I de la Loi fondamentale allemande)<sup>275</sup>. Selon Rüthers, une telle conception serait intolérable, en ce qu'elle conduirait à une « justice de cadi », donc à une justice arbitraire et incontrôlable, contrevenant au principe d'égalité<sup>276</sup>. L'auteur condamne l'usage fait par les juridictions suprêmes des méthodes d'interprétation de la loi, de même qu'il taxe la méthode d'interprétation dite « objective »<sup>277</sup>, la plus utilisée, d'anticonstitutionnelle, en ce sens qu'elle serait contraire au principe de la séparation des pouvoirs<sup>278</sup>. Ce faisant, l'auteur dénonce plus fondamentalement un « changement sournois de la Constitution » (*schleichender Verfassungswandel*) qui aurait pour origine un déplacement du pouvoir de créer le droit (*Machtverschiebung in der Rechtsetzung*), passant des mains du législateur à celles du juge. Sans se référer directement aux propos de Rüthers, le président du *Bundesgerichtshof* (Cour suprême

<sup>274</sup> Si l'on en croit la chronologie retracée par W. HASSEMER, « Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik », *Rechtstheorie* 39 (2008), p. 1 et s. Notons que cette controverse a été menée jusque dans la presse générale (*Frankfurter Allgemeine Zeitung*) ; elle oppose les praticiens et les théoriciens du droit, ce qui est un événement plutôt rare en Allemagne, comme l'a fait remarquer DIETER SIMON dans son allocution intitulée « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? », prononcée le 3 novembre 2008 à Berlin (consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>).

<sup>275</sup> Citons ici les premiers : « Geleugneten Rechtsstaat und vernebelte Richtermacht », *NJW* 2005, p. 2759 et s. ; « Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz », *JZ* 2006, p. 53 et s. (cités d'après W. HASSEMER, *op. cit.*, p. 1).

<sup>276</sup> B. RÜTHERS, « Wozu auch noch Methodenlehre ? Die Grundlagenlücken im Jurastudium », *JuS* 2011, p. 868.

<sup>277</sup> Rappelons que la théorie de l'interprétation dite « subjective » repose sur l'idée que les lois sont des déclarations qui lient et qui ont leur fondement dans la volonté des personnes qui ont participé à l'élaboration de la loi. Ainsi, l'interprétation devrait coller le plus possible aux conceptions qu'ont pu avoir les rédacteurs de la loi. A l'inverse, la théorie de l'interprétation dite « objective » considère que ce n'est pas la volonté du législateur qui importe mais la « volonté de la loi ». Il s'agirait alors de déterminer le « contenu raisonnable de la loi » (« vernünftiger Regelungsgehalt »). V. sur ces aspects : R. ZIPPELIUS, *op. cit.*, § 4, II. Pour RÜTHERS, les théories respectives porteraient mal leur nom : l'interprétation dite « objective » ne serait rien d'autre que l'appréciation et la conception *subjectives* du tribunal de ce qui est juste et raisonnable : « Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl ? – Hypothesen zu einer Diskussion », *ZRP* 2/2008, p. 50 (« falsche Etiketten »). A ce titre, on peut effectuer un parallèle avec l'interprétation des contrats : on a encore souligné récemment que ce sont précisément les différentes interprétations objectives qui ont permis à la jurisprudence du XX<sup>e</sup> siècle le « forçage du contrat » découvrant dans le contrat toutes sortes d'obligations que n'avaient ni prévues ni voulues les parties : v. Ph. MALAURIE, « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », *JCP* 2011, n° 51, 1402.

<sup>278</sup> Pour une critique, v. W. HASSEMER, « Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik », *Rechtstheorie* 39 (2008), p. 1 et s. L'auteur reproche à RÜTHERS, qui voit dans la méthodologie juridique non moins que la garante du principe de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit, de surestimer son caractère obligatoire et ses capacités. Il n'empêche que la critique formulée par RÜTHERS semble avoir eu un écho positif auprès de certains juges de la Cour constitutionnelle fédérale allemande. En effet, les juges constitutionnels VOßKUHLE, OSTERLOH et DI FABIO se sont prononcés à l'encontre de la méthode d'interprétation dite objective et téléologique (« objektiv-teleologische Auslegung ») dans une opinion dissidente remarquée de 2009 : pour plus de détails, v. B. RÜTHERS, « Trendwende im BVerfG ? Über die Grenzen des "Richterstaates" », *NJW* 2009, p. 1461 et s.

de l'ordre judiciaire), Günter Hirsch, a alors livré à son tour, dans une brève interpellation, sa conception des rapports entretenus entre le juge et le législateur<sup>279</sup>. L'auteur souligne pour sa part qu'il appartient aux juges d'interpréter la loi de façon évolutive, afin que le droit puisse réagir aux mutations de la vie, fait ensuite un détour par le droit naturel et évoque pour terminer une image qui a « mis le feu aux poudres »<sup>280</sup>. Afin d'explicitier ses propos, Hirsch concluait, en effet, que l'image du juge comme serviteur de la loi ne correspondait plus à la réalité ; que si l'on devait chercher une image pour décrire les rapports du juge et du législateur, c'est celle du pianiste et du compositeur qui serait la plus conforme : le juge interpréterait la partition avec plus ou moins de virtuosité, il disposerait d'une marge de manœuvre, mais n'aurait pas le droit de falsifier la pièce<sup>281</sup>. Cette métaphore du pianiste et du compositeur a suscité une vive polémique<sup>282</sup>.

**153.** Or le point de départ des propos de Günter Hirsch pouvait expliquer en partie la métaphore choisie ; il nous ramène à la problématique des clauses générales et des notions juridiques indéterminées qui nous intéresse ici. En effet, Hirsch avait débuté son article en relatant les propos tenus par un membre du gouvernement à l'occasion de la présentation d'un projet de réforme du droit des contrats

<sup>279</sup> G. HIRSCH, « *Zwischenruf*. Der Richter wird's schon richten », ZRP 5/2006, p. 161.

<sup>280</sup> Comp. G. HIRSCH, « Auf dem Weg zum Richterstaat ? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit », JZ 2007, p. 854 (« Pulverdampf »).

<sup>281</sup> *Ibid.* : « Deshalb entspricht das Bild vom Herrn und Diener nicht mehr unserer Verfassungswirklichkeit. Sucht man ein Bild, so passt meines Erachtens am ehesten das des Pianisten und Komponisten für das Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber. Er interpretiert die Vorgaben, mehr oder weniger virtuos, er hat Spielräume, darf aber das Stück nicht verfälschen ». HIRSCH réitère ses propos un an plus tard en dépit de toutes les critiques : « Auf dem Weg zum Richterstaat ? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit », JZ 2007, p. 858.

<sup>282</sup> Comme l'a fait remarquer HASSEMER (*op. cit.*, p. 2), les métaphores sont une affaire de chance... Cela n'a pas été le cas en l'occurrence, comme en témoigne la critique d'un publiciste, Christoph MÖLLERS, qui ne s'est pas fait attendre et qui a traduit l'image invoquée par HIRSCH comme suit : « En clair : nous ne servons plus, nous sommes des artistes, créatifs et irresponsables » (« Auf Deutsch : Wir dienen nicht mehr, wir sind Künstler, kreativ und unverantwortlich ») : v. les références citées par HASSEMER, *op. cit.*, p. 2. Notons qu'en France, la métaphore du pianiste et du compositeur ne suscite pas les mêmes affolements ; elle est même avancée par ceux qui voient dans l'interprétation un acte de connaissance et non un acte de volonté : v. par ex. E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *Actes du colloque – L'office du juge*, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg, p. 98 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)). Elle est utilisée également par les auteurs belges F. OST et M. VAN DE KERCHOVE qui adoptent une position intermédiaire en qualifiant l'acte d'interprétation de démarche à la fois libre et contrainte : De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 446 et s. On remarquera qu'en 1986 déjà, un juge constitutionnel allemand avait affirmé que le pouvoir judiciaire n'est nullement un simple organe d'exécution du pouvoir législatif, pour en conclure que chaque décision individuelle constitue un acte créateur, ce qui n'avait pas provoqué autant d'émotion : v. P. KIRCHHOF, « Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt », in *Richterliche Rechtsfortbildung*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1986, p. 16 (« Gesetzgeber und Rechtsprechung verhalten sich zueinander nicht wie Befehl und Ausführung, sondern wie Grundsatz und Konkretisierung. Die Ausprägung eines Rechtssatzes zu einer Einzelfallentscheidung ist deshalb stets ein schöpferischer Akt »).

d'assurance<sup>283</sup>. Concernant le contenu normatif d'une clause générale dudit projet, ce dernier avait mentionné qu'il partait du principe que la jurisprudence élaborerait des critères de délimitation opérationnels (*handhabbare Abgrenzungskriterien*<sup>284</sup>), une formule fréquemment utilisée<sup>285</sup>. C'est cette observation qui a conduit l'auteur à souligner le pouvoir créateur du juge (*Rechtsfortbildung*) de nos jours. Il est intéressant de noter que la concrétisation des clauses générales est envisagée par Hirsch comme un travail de création du droit plus que comme un travail d'interprétation, à l'instar des études plus récentes<sup>286</sup>.

**154.** Cette propension du législateur à déléguer au juge le « pouvoir de dire le droit » a fait dire à son tour à Dieter Simon, ancien directeur de l'Institut Max-Planck de l'histoire européenne du droit<sup>287</sup>, que le déplacement des pouvoirs (*Machtverschiebung*) tant décrié par Rüthers s'effectuait visiblement avec l'accord de toutes les parties, apparemment plus soucieuses du fonctionnement de l'appareil de l'Etat que du principe de la séparation des pouvoirs<sup>288</sup>. Pour conclure : ne devrait-on pas, pour changer, soumettre ce principe à un examen critique<sup>289</sup> ? La réflexion détonne d'autant plus que Dieter Simon reproche à Rüthers et à Hirsch d'argumenter selon un paradigme dépassé<sup>290</sup>. Selon lui, tous deux partiraient du principe de la soumission du juge à la loi (*Gesetzesbindung*), qu'ils considèrent comme un pilier de l'Etat de droit, à la différence que l'un (Rüthers) verrait dans le desserrement de cette soumission le début de la fin de l'Etat de droit, tandis que l'autre (Hirsch) aurait tendance à voir dans l'abandon de ce principe, dans certains cas, un postulat pour garantir la justice au cas particulier (*Einzelfallgerechtigkeit*)<sup>291</sup>. Simon ne nie pas le fait que le principe de la soumission du juge à la loi constitue l'un des aspects essentiels de l'Etat de droit, mais il dit partager les enseignements de la méthodologie juridique récente suivant lesquels c'est le juge qui crée sa propre soumission, à

<sup>283</sup> G. HIRSCH, « *Zwischenruf*. Der Richter wird's schon richten », ZRP 5/2006, p. 161.

<sup>284</sup> *Ibid.* D'où le choix de l'intitulé de l'article : « Der Richter wird's schon richten » (qui pourrait se traduire par « Le juge s'en chargera bien »).

<sup>285</sup> V. D. SIMON, « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? » (consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>).

<sup>286</sup> Après avoir cité MONTESQUIEU et les réticences originelles à conférer au juge le pouvoir d'interpréter les lois, HIRSCH parle immédiatement de droit prétorien pour envisager ensuite ses limites.

<sup>287</sup> Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte (Frankfort-sur-le-Main).

<sup>288</sup> D. SIMON, « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? » (consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>).

<sup>289</sup> *Ibid.*

<sup>290</sup> *Ibid.* : « Denn die beiden Parteien argumentieren gegeneinander in einem wissenschaftlichen Paradigma, das von einer modernen sprachwissenschaftlich aufgeklärten Methodologie und Rechtstheorie zweifellos als überholt und nicht mehr vertretbar angesehen würde ».

<sup>291</sup> *Ibid.*

laquelle il dira par la suite être tenu<sup>292</sup>. Tel serait le paradoxe préoccupant avec lequel le juge devrait vivre. Et l'auteur de préciser que la création de la norme par le juge ne serait pas un phénomène exceptionnel. Il en irait toujours ainsi en raison du caractère très complexe de sa tâche consistant à concilier le général et le particulier. Pour l'auteur, avant sa formulation par le juge, la norme n'existerait pas ; aussi le fait de considérer le droit prétorien (*Richterrecht*) comme une alternative au droit légal (*Gesetzesrecht*) n'aurait que peu d'intérêt. Simon en conclut que la métaphore du pianiste créatif ne serait donc, en définitive, pas si mal choisie.

### *b) La théorie « réaliste » de l'interprétation*

**155.** La thèse soutenue par Dieter Simon, qu'il qualifie lui-même de post-positiviste, n'est pas sans rappeler la théorie « réaliste » de l'interprétation de Michel Troper<sup>293</sup>. La théorie se fonde sur trois principes. Le premier est le principe de l'indétermination textuelle : un énoncé supposé prescriptif est doté non pas d'une, mais de plusieurs significations entre lesquelles il s'agit de choisir. Le deuxième fonde le principe de la détermination normative par le juge souverain. C'est dire que le véritable auteur d'une norme n'est pas l'auteur du texte (lorsque la norme procède d'un texte) mais l'interprète ultime de ce dernier. Enfin, selon la troisième proposition, le juge est libre de son interprétation souveraine, entre toutes les interprétations possibles. En d'autres termes, l'interprétation est un acte qui, en droit, est totalement libre : un acte de pure volonté et non de connaissance. Ce choix ne

---

<sup>292</sup> *Ibid.* : « Die Formel, daß der Richter mit dem beunruhigenden Paradoxon zu leben habe, daß er erst jene Bindung herstellt, an die gebunden zu sein er anschließend erklärt, gehört heute zur Grundausrüstung aller jüngeren Methodologen » ou encore « Das Prinzip der Gewaltenteilung im traditionellen Verständnis ist zweifellos verletzt. Nicht die Legislative entscheidet, was die Justiz binden soll, sondern die Justiz bestimmt selbst, wie und in welchem Umfang sie gebunden sein will ». Comp. dans une autre perspective et à propos des pouvoirs du juge constitutionnel cette fois, la critique selon laquelle les juges rempliraient les normes vides de sens avec leurs propres jugements de valeur et feraient passer leurs inventions pour un produit de la Constitution (« Erkenntnisse aus der Verfassung »), selon la devise du Chief Justice HUGHES : « We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is » : H. HONSELL, « Die Einheit der Rechtsordnung », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 19 (l'auteur dénonce pour sa part ce qu'il appelle un gouvernement des juges antidémocratique). On peut rapprocher ici les propos du juge O. W. HOLMES, dont on dit qu'il a été le premier à bousculer le rapport hiérarchique traditionnel entre règles et décisions, création et application du droit, en définissant le juridique en ces termes : « Les prophéties de ce que feront effectivement les cours et les tribunaux, et rien de plus prétentieux, voilà ce que j'entends par "droit" » (citation d'après F. OST, « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, éd. Esprit, 1991, p. 251).

<sup>293</sup> Sur cette théorie, v. M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in *Actes du colloque – L'office du juge*, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg, p. 28 et s. (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)) ; le même, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Interprétation, p. 843 et s.

correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les préférences de celui qui l'exprime. La liberté de l'interprète est cependant limitée par la théorie des contraintes juridiques ; lesdites contraintes juridiques étant en réalité des contraintes matérielles. Comme le souligne Troper, les théories de l'interprétation sont étroitement liées à la conception qu'on se fait des pouvoirs du juge : « *la théorie [traditionnelle] de l'interprétation comme activité de découverte d'une signification cachée* est étroitement liée à l'idée que le juge n'exerce et ne doit exercer aucun pouvoir. Il se borne à énoncer un syllogisme, dont la prémisse majeure est la loi et la prémisse mineure, le fait. Lorsque l'énoncé de la loi est clair, il n'y a pas lieu d'interpréter et lorsqu'il n'est pas clair, l'interprétation consiste seulement à découvrir, à l'aide de méthodes sûres, une signification cachée, mais néanmoins présente dans l'énoncé. Cette théorie *est présumée par les doctrines de la séparation des pouvoirs et de l'Etat de droit*<sup>294</sup>. En revanche, l'idée que l'interprétation est un acte de volonté conduit à reconnaître au juge (...) un pouvoir considérable »<sup>295</sup>. Troper qualifie ce pouvoir de discrétionnaire<sup>296</sup>, d'autres n'hésitent pas à le qualifier d'arbitraire<sup>297</sup>. Dans ce modèle, où les notions floues ne sont pas, par rapport aux notions non floues (ou termes juridiques), séparées par une différence de nature, mais par une différence de degré, il va sans dire que l'intervention du juge est d'autant plus nécessaire en présence de notions-cadre puisque la détermination de la notion-clé de la règle ne peut être faite sans lui.

**156.** En somme, ces « nouvelles » théories « réalistes » mettent en avant l'autonomie de l'interprète<sup>298</sup> qui se caractérise concrètement par une liberté de choix

<sup>294</sup> V. dans le même sens F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 387 : « Il est intéressant de noter combien le monopole ainsi réservé au législateur dans la production du sens s'harmonise avec la **théorie juridique de la séparation des pouvoirs** et la **théorie politique de la suprématie du pouvoir législatif** : ensemble elles forment, pourrait-on dire, le noyau de la doctrine du modèle hiérarchique de production du droit ».

<sup>295</sup> M. TROPER, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Interprétation, p. 846 (nous soulignons).

<sup>296</sup> V. M. TROPER, « La liberté de l'interprète », in Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg, p. 40 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)).

<sup>297</sup> Du moins si l'on suit cette théorie réaliste de l'interprétation : E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg, p. 44 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)). Contra D. SIMON, « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? » (consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>) : « Für "Willkür" ist in diesem System angesichts der vielen hemmenden Elemente nur wenig Spielraum ».

<sup>298</sup> Notons que la position récente de la Cour de cassation en lien avec la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), instaurée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 (v. le nouvel art. 61-1 de la Constitution), conduit elle aussi à opérer une distinction entre le texte législatif et l'interprétation qui a pu être donnée par le juge judiciaire et, ce faisant, à remettre en cause la conception déclarative de l'acte interprétatif. Redoutant la concurrence que le Conseil constitutionnel pourrait lui faire sur le terrain de

et d'appréciation<sup>299</sup>. Or la liberté de choix est justement ce qui constitue le trait distinctif du pouvoir discrétionnaire dans la doctrine du dualisme. Si l'on admet que la concrétisation des notions juridiques indéterminées, et plus largement toute interprétation des termes juridiques, laissent place à une certaine « marge de décision » au profit du juge, comment les distinguer alors du véritable pouvoir discrétionnaire (supposé exister uniquement du côté de l'effet juridique de la norme) ? Envisageant les rapports respectifs des divers pouvoirs du juge, en particulier les rapports entretenus entre le pouvoir discrétionnaire et le pouvoir d'interprétation, un auteur allemand conclut que, malgré certaines différences, le choix du juge dans les deux cas devra s'effectuer en grande partie selon les mêmes principes<sup>300</sup>. En effet, dans les deux cas, le choix du juge ne serait pas libre mais nécessiterait une justification<sup>301</sup>. De son côté, la recherche de la bonne interprétation aboutirait bien souvent à une telle « marge de décision ». La préférence pour telle ou telle solution ne pouvant s'appuyer sur des critères bénéficiant d'un consensus général, le choix ne pourrait s'effectuer en définitive que d'après l'idéal et la conception personnelle du juge de l'opportunité<sup>302</sup>. Quant à la « véritable » décision discrétionnaire, elle serait guidée également par le souci d'effectuer le bon choix (entre plusieurs possibilités d'action cette fois). L'auteur reconnaît néanmoins que la

---

L'interprétation des lois, la Cour de cassation a procédé à une interprétation stricte et littérale de la notion de « disposition législative » susceptible d'être l'objet d'une QPC au sens de l'art. 61-1 de la Constitution : elle a décidé de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel les questions qui reposent sur une critique de l'interprétation de la loi donnée par la jurisprudence (Cass., QPC, n° 09-87.651, 12024, 19 mai 2010, Juris-Data n° 2010-006619). Comme l'a très justement analysé un auteur, la solution revient à remettre en cause la conception traditionnelle selon laquelle l'interprétation « fait corps avec la loi » (N. MOLFESSIS, « La jurisprudence supra-constitutionnelle », JCP 2010, n° 42, 1039) puisque l'interprétation en ressort dès lors coupée de son texte. En même temps, la solution revient à conférer une existence officielle à la jurisprudence, laquelle est ainsi entendue de façon singulièrement large, puisqu'il n'est pas seulement question de création prétorienne mais aussi de simple interprétation (v. art. préc.). MOLFESSIS ne manque pas de relever les effets grotesques de la décision : « voici que l'autonomie de la jurisprudence n'a d'autre fin, au cas présent, que de refuser de la soumettre au contrôle [de constitutionnalité] qui pèse désormais sur la loi ! ». La réponse du Conseil constitutionnel ne s'est pas fait attendre : « tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition » (Cons. const., 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC, D. 2010, p. 2744 ; Cons. const., 4 février 2011, n° 2010-96 QPC, AJDA 2011, p. 246). Tout en contrecarrant la position de la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel reconnaît en même temps la portée normative de l'interprétation : « le mythe d'une loi ayant tout prévu et dans laquelle il suffirait de lire la norme (...) est officiellement dépassé. Le texte peut parfois porter plusieurs interprétations ; dès lors, la norme n'est qu'une abstraction théorique tant que sa portée effective ne lui a pas été donnée par l'interprétation qui en sera faite par le juge au moment de son application. Il n'y a alors ni la loi seule, ni l'interprétation seule : il y a la loi telle qu'interprétée, qui est la norme, (...) » (P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », RTD civ. 2011, p. 90 et s.).

<sup>299</sup> R. ZIPPELIUS, *op. cit.* (« Wahl- und Wertungsmöglichkeit ») ; D. SIMON, « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviances*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 49 et s., spéc. p. 50 (« (...) l'interprétation est un acte de volonté correspondant à des choix, expression d'un pouvoir discrétionnaire de l'interprète »).

<sup>300</sup> R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2005, § 17, p. 106.

<sup>301</sup> *Ibid.*

décision discrétionnaire est encore moins susceptible que la première de donner lieu à des directives précises et généralement valables<sup>303</sup>.

**157.** Plus fondamentalement, les thèses précitées conduisent à repenser les fondements de la théorie du droit. A suivre les enseignements, le véritable législateur ne serait pas le Parlement, mais l'interprète de la loi<sup>304</sup>. Le gouvernement des juges tant redouté existerait déjà bel et bien<sup>305</sup>. Il serait donc temps de repenser l'image du juge<sup>306</sup>. De même, au plan international, d'aucuns relèvent la montée en puissance des juges<sup>307</sup> pour constater que ces derniers constituent désormais « le plus universalisable, mais aussi le plus universalisant, des trois pouvoirs décrits par Montesquieu »<sup>308</sup>. L'émancipation des juges découlerait notamment de l'applicabilité directe des textes internationaux qui modifieraient, neutraliseraient même, le droit interne<sup>309</sup>. Les juges seraient comme libérés du droit interne au profit d'un droit international dont l'imprécision aurait pour effet de renforcer leur marge d'interprétation<sup>310</sup>. Comme l'a fait subtilement remarquer Xavier Lagarde, « on pourrait *a priori* penser que, plus il y a de textes, plus le juge est encadré. En réalité, c'est le phénomène inverse qui se produit : autant il y a de textes, autant il y a d'interprétations. L'inflation législative consacre le règne de l'argumentation. Et ce règne s'étend d'autant plus qu'il faut aussi compter sur le développement des sources supranationales ainsi que sur l'introduction dans le droit positif des chartes de droits fondamentaux qui, comme chacun le sait, suscitent plus de réflexions que de certitudes »<sup>311</sup>. En somme, tout se passerait comme si « le plus faible des trois pouvoirs était en même temps celui qui aurait le plus profité de l'émancipation liée

<sup>302</sup> *Ibid.*

<sup>303</sup> *Ibid.*

<sup>304</sup> M. TROPER, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Interprétation, p. 846.

<sup>305</sup> En ce sens D. SIMON, « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? » (consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>).

<sup>306</sup> *Ibid.* (« Modellierung eines Richterbildes »).

<sup>307</sup> M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III), La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007, p. 41 et s. ; S. CASSESE, *When Legal Orders Collide : The Role of Courts*, Sevilla, Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2010.

<sup>308</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 41, qui cite J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des idées / Seuil, 2005, p. 84.

<sup>309</sup> M. DELMAS-MARTY, *op. cit.*, p. 45.

<sup>310</sup> *Ibid.*

<sup>311</sup> Cité d'après Ch. LEVEBVRE, J.-C. MARIN, « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? » - « Club du Châtelet », JCP 2011, n° 51, 1431.

aux processus d'internationalisation normative »<sup>312</sup>. D'où certains appels visant à rappeler qu'au dessus de l'autorité judiciaire, il y a le peuple souverain<sup>313</sup>. Il est certain que l'on dépasse ici de loin le pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*) entendu au sens du droit civil, où il y est défini certes comme une liberté de choix entre plusieurs solutions, mais aussi comme une prérogative appartenant *a priori* aux juges du fond.

Bien entendu, il est important de souligner que les thèses précitées sont encore minoritaires et font l'objet de multiples critiques<sup>314</sup>. Elles n'en constituent pas moins une tendance qui pourrait venir fragiliser déjà dans un avenir proche le dualisme professé en droit civil allemand qui repose sur des postulats plus traditionnels<sup>315</sup>.

### c) *La synthèse réalisée par l' « Ecole belge »*

**158.** L'ouvrage de François Ost et Michel van de Kerchove intitulé *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* constitue un bon indicateur de cette tendance : il réalise une synthèse intéressante et convaincante de la théorie classique de l'interprétation et de certaines théories modernes, comme la théorie « réaliste » de l'interprétation, pour proposer une troisième voie<sup>316</sup>. Selon les auteurs, le modèle « officiel » de l'interprétation (ou théorie classique de l'interprétation) s'avère aussi impraticable juridiquement qu'il est contestable au plan philosophique<sup>317</sup>. Ses propos seraient plutôt normatifs que descriptifs : il s'agirait donc d'une « doctrine », dont la vertu serait non pas de décrire une pratique mais de l'orienter. Plus fondamentalement, au plan philosophique, on ne s'accommoderait plus du caractère monologique et *a priori* prêté au sens de la loi. Du coup, c'est l'idéal de

<sup>312</sup> Ici encore, M. DELMAS-MARTY (*op. cit.*, p. 47) se réfère à J. ALLARD et A. GARAPON, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des idées / Seuil, 2005.

<sup>313</sup> F. TERRÉ, « Au nom du peuple français. Au dessus de l'autorité judiciaire, le peuple souverain », JCP 2010, n° 16, 457, p. 850. L'auteur se demande s'il ne faudrait pas rééquilibrer le système français en étendant le domaine du référendum populaire et en rappelant qu'il n'existe qu'un pouvoir légitime : le peuple souverain.

<sup>314</sup> Les critiques de la théorie réaliste de l'interprétation sont considérables : dangereuse, excessive, non scientifique, « nihiliste », fautive, anarchiste, et surtout totalement à l'opposé de la thèse dominante (v. D. MAINGUY, « De la légitimité des normes et de son contrôle », JCP 2011, n° 9, 250, et les références citées).

<sup>315</sup> Sur cette tendance, v. J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2008, p. 100 et s., d'où il ressort que le raisonnement juridique qui procède de la rationalité formelle aurait fait son temps, étant historiquement lié à un état de droit qui n'est plus tout à fait celui de l'Etat post-moderne (cité d'après R. VATINET, « Les méthodes du raisonnement juridique en droit du travail », in B. TEYSSIE (dir.), *Standards, principes et méthodes en droit du travail*, Paris, Economica, 2011, p. 217).

<sup>316</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 385 et s.



clarté, de certitude et d'univocité auquel le raisonnement juridique officiel prétend qui serait révoqué en doute. On redécouvrirait aujourd'hui que les Anciens étaient bien plus proches de la réalité de la pratique juridique lorsqu'ils la présentaient sous la forme de la controverse, expression de la raison prudentielle, argumentative et dialectique qui convient à la délibération des affaires contingentes de la Cité. Pour autant, les auteurs n'adhèrent pas aux théories « réalistes » de l'interprétation qui en arrivent à considérer que les textes ne présentent par eux-mêmes aucune signification *a priori*, celle-ci leur étant conférée par les seuls interprètes<sup>318</sup>. Ainsi qu'ils l'expriment, « (...) entre récitation mécanique et libre invention, l'interprétation se fraye une troisième voie qui est celle de la poursuite du travail infini de la signification, tâche aussi éloignée de la croyance en la possibilité de découvrir un sens vrai et unique, qu'il importerait de dire et de redire, que de l'illusion opposée d'une production de sens totalement autonome, complètement affranchie de la tradition et du système de référence »<sup>319</sup>.

**159.** En réfutant l'idée que le juge puisse toujours découvrir un sens vrai et unique, la thèse s'oppose directement au concept allemand de notion juridique indéterminée. Bien qu'ils ne mentionnent pas le « dualisme » prôné en droit allemand, François Ost et Michel van de Kerchove se réfèrent à la thèse de Dworkin qui, bien que se situant sur un autre plan (philosophique et non civil ou administratif), présente quelques similarités avec le concept allemand de notion juridique indéterminée<sup>320</sup>, pour la réfuter aussitôt : « Non que, comme l'a affirmé Dworkin, le juge Hercule (son image du lecteur-modèle) soit toujours en mesure de dégager, même dans les cas les plus difficiles, la bonne réponse (c'est la fameuse "right answer thesis") (...) »<sup>321</sup>.

Quelles conséquences doit-on en tirer sur la nature des pouvoirs du juge ? La réponse n'est pas aisée. Dans la mesure où le concept allemand de notion juridique indéterminée postule l'existence d'une seule solution juste en droit, par opposition au pouvoir discrétionnaire, caractérisé par la liberté de choix de la solution juridique, la

---

<sup>317</sup> *Op. cit.*, p. 389.

<sup>318</sup> *Op. cit.*, p. 390.

<sup>319</sup> *Op. cit.*, p. 408 et s.

<sup>320</sup> Tout comme la doctrine allemande du dualisme, les thèses de DWORKIN sont centrées sur le raisonnement juridique (des juges).

remise en cause du premier postulat pourrait venir faire basculer le travail d'interprétation et de concrétisation des notions indéterminées dans la sphère du pouvoir discrétionnaire. En même temps, dans la logique allemande, la mise en avant du fait que le juge est lié par les valeurs et les principes plus généraux devrait conduire à rejeter le qualificatif de « discrétionnaire ». En effet, comme on l'a indiqué, la doctrine allemande considère généralement que, dans la mesure où la décision du juge est soumise à l'échelle des valeurs établie par le législateur, sa décision ne peut être qualifiée de discrétionnaire, bien qu'elle comporte des éléments volontaristes<sup>322</sup>.

Les auteurs belges quant à eux semblent plutôt pencher pour cette qualification, puisqu'ils écrivent à propos de la pratique interprétative : « Aussi bien l'opération est-elle confiée aux “prudents” – les magistrats, hommes d'expérience, de la prudence ou de la sagesse desquels on attend la mesure nécessaire à l'exercice d'un pouvoir voué au discrétionnaire, mais si possible préservé de l'arbitraire »<sup>323</sup>. Quoiqu'on en pense, la thèse soutenue par les auteurs, caractéristique d'une certaine tendance, vient fragiliser les assises du dualisme prôné en droit allemand.

## 2. La remise en cause de l'« unité » du droit

**160.** Comme nous l'avons évoqué, le concept des notions juridiques indéterminées, ne pouvant aboutir idéalement qu'à une seule solution juste en droit, repose sur le postulat de l'« unité de l'ordre juridique » (*Einheit der Rechtsordnung*<sup>324</sup>). Le terme d'unité évoque l'idée d'un droit compris comme un système dans lequel les diverses règles en vigueur constituent les parties d'un ensemble cohérent et qui peuvent se déduire à partir de principes généraux fédérateurs<sup>325</sup>. Ce postulat est commun aux droit allemand (a) et français (b).

---

<sup>321</sup> *Op. cit.*, p. 402.

<sup>322</sup> Exemple : H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955.

<sup>323</sup> F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 389.

<sup>324</sup> L'expression est associée au nom de Karl ENGISCH qui a été le premier à approfondir le sujet : *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, Winter, 1935.

<sup>325</sup> J. BASEDOW, « Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, p. 92 (qui se réfère à C.-W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2<sup>e</sup> éd., 1983).

### a) Le postulat de l' « unité » du droit en Allemagne

**161.** De façon schématique, le terme d'unité renvoie à un droit cohérent (ou exempt de contradictions : « widerspruchsfrei ») et complet (*lückenlos*), deux caractéristiques qui ont permis, à l'heure de la naissance du positivisme, d'affirmer la « neutralité axiologique » (*Wertefreiheit*) de la jurisprudence envisagée sur le modèle déductif<sup>326</sup>. En droit privé, l'utilisation du vocable « unité » (*Einheit des Privatrechts*) renvoie principalement à l' « esprit unitaire » ou à l' « unité de valeurs » caractérisant la matière (*Wertungseinheit des Privatrechts*)<sup>327</sup>.

**162.** Le concept des notions juridiques indéterminées s'insère parfaitement dans cette logique : la notion est considérée comme suffisamment déterminable, en ce sens que le juge est guidé par l'échelle de valeurs, les choix effectués en amont par le législateur<sup>328</sup>. D'aucuns enseignent que lorsque le juge est amené à poser un jugement de valeur, la soumission du juge à la loi signifie la soumission aux valeurs prônées par la loi<sup>329</sup>. C'est dire que le juge ne saurait imposer sa propre conception du juste à la place de celle qui ressort des dispositions législatives<sup>330</sup>. Mieux encore : le postulat de l' « unité des valeurs du droit privé » (*Wertungseinheit des Privatrechts*) est mis

---

<sup>326</sup> H. HONSELL, « Die Einheit der Rechtsordnung », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 11 et s. (qui se réfère notamment à la Théorie pure du droit de KELSEN). Notons que l'idée de la « neutralité axiologique » de la jurisprudence est dépassée depuis l'entrée en vigueur de la Loi fondamentale allemande qui statue en son art. 20 al. 3 que la jurisprudence est liée « à la loi et au droit » (« an Gesetz und Recht gebunden »). Il ne s'agit pas d'une tautologie : comme l'a souligné la Cour fédérale constitutionnelle, la formulation tend à rappeler que si la loi et le droit convergent le plus souvent, ce n'est pas toujours le cas. Ce faisant, la Loi fondamentale rejette un strict positivisme : v. BverfG. 1. Senat, 18.12.1953, 1 BvL 106/53 (Gleichberechtigung), n° 20 (« wertungsfreier Gesetzespositivismus seit längerem überwunden ») ; BverfG 1. Senat, 14.2.1973 (Beschluss), 1 BvR 112/65 (Soraya), n° 38. La Cour fédérale constitutionnelle reconnaît en même temps que la « complétude du droit positif » (« Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung ») est impossible à atteindre en pratique : BverfG 1. Senat, 14.2.1973 (Beschluss), préc., n° 38.

<sup>327</sup> V. C. HERRESTHAL, « Die Einheit des Privatrechts in der europäischen Integration – Palladion oder Relikt einer vergangenen Epoche? », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 147 et s., et les références citées.

<sup>328</sup> Exemple : H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 12, 22 et s. De même, G. HIRSCH, « Auf dem Weg zum Richterstaat ? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit », *JZ* 2007, p. 855 : « Die *lex*, an die der Richter gebunden ist, umfasst nicht nur die geschriebene Norm, sondern auch die wertorientierte Homogenität und Vollständigkeit der Rechtsordnung insgesamt ».

<sup>329</sup> H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 25 : « Die Bindung des Richters an das Gesetz bedeutet Bindung an die Wertung des Gesetzes ; (...) ».

<sup>330</sup> H. WESTERMANN, *op. cit.*, p. 25 : « (...) der Richter kann nicht seine eigene Wertung an die Stelle einer nach seiner Ansicht unrichtigen Konkretisierung der Gerechtigkeitsidee setzen ».

au service de la concrétisation des clauses générales<sup>331</sup> et des notions juridiques indéterminées : en raison du principe fondamental de l'égalité de traitement des cas identiques, le juge a l'obligation de concrétiser les clauses générales dans le cadre d'un système juridique donné<sup>332</sup>. Les principes et les valeurs qui fondent le droit privé doivent donc guider le juge dans le travail de concrétisation<sup>333</sup>. Sans une telle « unité de valeurs », dit-on, il manquerait au juge un appui, ce qui élargirait de façon notable sa marge de manœuvre (*judikativer Spielraum*)<sup>334</sup>. En effet, sans une « unité de valeurs », il ne pourrait y avoir de hiérarchie entre les différents biens et entre les diverses valeurs. Et sans une telle hiérarchie, c'est le principal point de repère en termes de justice (distributive) et d'égalité qui tomberait. En même temps, l'étendue de la « marge de décision » du juge (*judikativer Entscheidungsspielraum*) augmenterait fondamentalement<sup>335</sup>.

Le postulat de « l'unité de valeurs » et plus généralement celui de « l'unité de l'ordre juridique » permet donc à la doctrine allemande, représentée ici par Canaris, Bydlinski et Teubner, de ne voir dans l'appréciation personnelle du juge (*richterliche Eigenwertung*) qu'un fondement subsidiaire et ultime de la concrétisation des clauses générales<sup>336</sup>. Dans l'esprit des auteurs, les critères d'appréciation qui doivent guider le juge dans le travail de concrétisation obéissent à une certaine hiérarchie. Si les critères peuvent varier selon les écrits respectifs, tous repoussent le pouvoir d'appréciation personnel du juge le plus loin et le plus longtemps possible : son

---

<sup>331</sup> C. HERRESTHAL, « Die Einheit des Privatrechts in der europäischen Integration – Palladion oder Relikt einer vergangenen Epoche? », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 159 : « Des Weiteren wird die Wertungseinheit des Privatrechts bei der *Konkretisierung von Generalklauseln* fruchtbar gemacht (...) ».

<sup>332</sup> *Ibid.* Le postulat de l'unité du droit n'est pas sans rappeler le postulat de l'« intégrité » du droit défendu par DWORKIN. Pour l'auteur, « le droit comme intégrité demande aux juges de s'assurer que le droit est structuré par des procédures justes et un ensemble cohérent de principes reposant sur la justice et l'équité » : Law's Empire, Londres, Fontana Press, 1986, p. 243 (cité d'après F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 424). Ainsi que l'expliquent ces derniers, l'intégrité recherchée suppose une opération d'ajustement de la solution discutée au regard de l'ordre juridique entier. C'est à partir de ce postulat (l'unité du droit ou l'intégrité du droit) que DWORKIN considère que les solutions des cas difficiles (« hard cases ») sont découvertes par la discussion sur les principes qui fondent la cohérence de l'ordre juridique. Ainsi, le juge pourrait être contraint par le système juridique lui-même d'adopter la bonne réponse parce que celle-ci existe.

<sup>333</sup> C. HERRESTHAL, *ibid.*

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> Sur cet aspect de l'appréciation personnelle du juge dans le processus de concrétisation des clauses générales, v. l'étude de M. AUER, *op. cit.*, p. 152 et s., et les références citées. AUER y voit là un certain paradoxe : alors que la théorie de la délégation est avancée presque mécaniquement au stade de la *définition* des clauses générales et des notions juridiques indéterminées, elle suscite visiblement un certain malaise chez les mêmes auteurs lorsqu'il est question de *concrétisation* desdites notions.

recours n'est jugé légitime que lorsque les autres référentiels ou appuis font défaut<sup>337</sup>. A son propos, on affirme même que le juge ne peut procéder là non plus selon son bon plaisir (*nach subjektivem Belieben*) puisqu'il doit chercher à rendre une décision susceptible de bénéficier de l'approbation la plus grande<sup>338</sup>. C'est dire que l'opération de concrétisation repose sur des appréciations objectives. En somme, et comme le résume un auteur, ce n'est pas parce que certaines notions appellent un jugement de valeur de la part du juge qu'elles lui confèrent nécessairement une certaine « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) entendue ici comme une liberté de choix entre plusieurs solutions justes en droit<sup>339</sup>. A ce titre, il est significatif qu'à aucun endroit, le législateur moderne n'ait utilisé le terme de pouvoir discrétionnaire (*richterliches Ermessen*) en lien avec les notions juridiques indéterminées ou les clauses générales contenues dans la proposition de loi de modernisation du droit (allemand) des obligations<sup>340</sup>.

### *b) Le postulat de l' « unité » du droit en France*

**163.** Si le postulat de « l'unité du droit » est particulièrement fort en droit allemand, en raison du rôle important joué par la dogmatique juridique, il est présent également en droit français. En France, l'idée d'unité du droit se mesure à l'aune de la pensée codificatrice ou systématique qui offre une image totalisante du droit<sup>341</sup>. Elle apparaît bien souvent aussi comme un idéal présupposé auquel le droit de

<sup>337</sup> *Ibid.* Parmi les différents critères d'appréciation, on compte par ex. les valeurs prônées par la Constitution, les maximes éthiques ou la « conception régnante de la société » (« *allgemeines Rechtsbewußtsein* »), les critères extra-juridiques comme les usages admis en affaires (« *Verkehrssitte* »).

<sup>338</sup> C.-W. CANARIS, ZAS 1970, p. 147 (cité d'après M. AUER, *op. cit.*, p. 154).

<sup>339</sup> B. STICKELBROCK, *op. cit.*, p. 159 et s., 176.

<sup>340</sup> Il est question de « *Bewertungsspielraum* » (« pouvoir d'appréciation », v. BT-Drucksache 14/6040, p. 186), de « *Wertungsfrage* » (« jugement de valeur », v. BT-Drucksache 14/6040, p. 142) ou de « *Wertungsvorgang* » (« processus d'évaluation », v. BT-Drucksache 14/6040, p. 211) ; expressions qui renvoient davantage à un droit prétorien qu'à un véritable pouvoir discrétionnaire.

<sup>341</sup> Comme le souligne Christophe JAMIN (3<sup>e</sup> Conférence « L'International en Questions », sur le thème « Quelle place pour un patriotisme juridique ? », du 29 juin 2006 au Ministère de la Justice), dans cette logique, le code est censé englober la société dans son entier et l'idée de cohérence prend alors une place primordiale. Selon lui, « le droit français constitue l'une des variantes de la passion française pour la forme, au point de se confondre avec elle ». Ce serait là la spécificité de la tradition juridique française. Le culte et la culture de l'unité font toutefois l'objet de critiques. V. par ex. Ch. ATIAS, « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p. 73 : « Plus que la tragédie, plus que la science, plus que la politique, le droit tend à l'unité. Il s'y complaît avec d'autant plus d'aisance que son unité est sans mesure. Nul ne pourrait dire qu'elle est atteinte ou dépassée. Entre la diversité qu'implique l'appréciation souveraine des circonstances de fait et l'unité qu'exige le respect de la loi égale pour tous, également respectable par tous, se situe l'unité souhaitable : le degré d'unité reste indéterminé. Et l'unité du droit devient un idéal accomodant, un rêve, un alibi, une chimère ! ».

l'Union européenne porterait atteinte<sup>342</sup> : « Alors qu'un Code civil est un ensemble cohérent dans lequel les dispositions s'interprètent les unes par rapport aux autres, car elles sont posées en contemplation des valeurs communes qui fondent l'ordre civil, les dispositions issues du droit communautaire doivent être comprises par référence à des valeurs qui ne sont pas celles du Code »<sup>343</sup>. Aussi la politique sectorielle d'harmonisation menée par le législateur communautaire est-elle bien souvent ressentie comme déstructurante pour les droits nationaux et porteuse de contradictions en termes de valeurs<sup>344</sup>. L'atteinte portée à l'« unité du droit civil » est jugée d'autant plus grande en France que « le droit civil donne au peuple français une organisation d'ensemble qui contribue à forger un type de société. L'ordre interne de cette société, cette organisation civile de l'Etat est la base de ce qu'on a pu nommer la “constitution civile de la France” »<sup>345</sup>. Ainsi que l'a exprimé Cornu, « l'harmonie [du droit civil] est sa pierre angulaire, l'équilibre sa mesure, la liaison sa loi (...) C'est le principe même de la législation, toutes choses considérées. Voudrait-on faire table rase de cette façon de penser ? »<sup>346</sup>.

**164.** Il n'en demeure pas moins que depuis bien longtemps déjà<sup>347</sup>, certains auteurs insistent sur le fait que les valeurs que le juge est amené à prendre en considération, surtout lorsqu'il lui est demandé de poser un jugement de valeur, ne sont pas toujours précisément formulées par le système juridique et sont parfois

---

<sup>342</sup> On retrouve le même réflexe en droit allemand : C. HERRESTHAL, « Die Einheit des Privatrechts in der europäischen Integration – Palladion oder Relikt einer vergangenen Epoche? », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 141. Mais c'est aussi le morcellement du droit, le pullulement des codes, la « pluralité de systèmes juridiques » qui « a fait perdre à notre droit civil sa belle ordonnance unitaire » : J. CARBONNIER, *Droit civil I*, Paris, PUF, 2004, n° 79.

<sup>343</sup> Y. LEQUETTE, « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, Juris-Classeur, 2004, p. 178.

<sup>344</sup> Y. LEQUETTE, *ibid.*, p. 181. Une partie de la doctrine allemande formule la même critique, avec des conclusions toutefois différentes (défense d'une intégration juridique plus poussée) : v. les nombreux auteurs cités par J. BASEDOW, « Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, p. 82.

<sup>345</sup> G. CORNU, *Introduction, les personnes, les biens*, 10<sup>e</sup> éd., 2001, n° 257 (cité d'après Y. LEQUETTE, *ibid.*, p. 187). Comme le souligne LEQUETTE, par cette notation, CORNU se fait l'écho d'un propos bien connu du doyen CARBONNIER : « la véritable constitution de la France, c'est le Code civil. En lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue de constituer de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans avoir jamais dit les renier » (Le Code civil, in Pierre NORA (dir.), *Les Lieux de mémoire*, t. 1, 1997).

<sup>346</sup> G. CORNU, « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, p. 351 et s.

<sup>347</sup> V. déjà G. RÜMELIN, « Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg, Lehmann, 1891, p. 48 et s. (« fehlende Messbarkeit und Rangordnung der zu berücksichtigenden Werte »). V. également N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *Essais de théorie du droit*, trad. M. GUÉRET, Bruylant LGDJ, 1998, p. 89 et s. (cité d'après M. DELMAS-MARTY, « Le rôle du droit dans l'émergence d'une communauté mondiale de valeurs », communication du 7 juillet 2008, en ligne sur le site de l'Académie des sciences morales et politiques). Comme le rappelle DELMAS-MARTY, le philosophe

même contradictoires. Cet état conférerait au juge une importante « marge de décision », que ce soit dans le processus d'interprétation proprement dit<sup>348</sup> ou dans le processus de concrétisation des notions juridiques indéterminées ou clauses générales<sup>349</sup>. Si la critique a eu peu de poids en droit interne jusqu'à présent, le travail doctrinal ayant la force d'éliminer ou d'effacer les ruptures (systémiques) occasionnées par le législateur<sup>350</sup>, elle prend une teneur particulière au niveau supranational<sup>351</sup>. A ce niveau, où l'on trouve un « système en réseau<sup>352</sup> » (*Multidimensionalität der Systemzusammenhänge*<sup>353</sup>), caractérisé par l'existence d'une « pluralité de valeurs » (*Wertevielfalt*), on peut se demander si le concept allemand des notions juridiques indéterminées est viable.

---

italien du droit BOBBIO soulignait dès 1963 que les systèmes nationaux ne sont pas des systèmes éthiques unitaires, « mais des systèmes à plusieurs valeurs et ces valeurs sont souvent antinomiques entre elles ».

<sup>348</sup> R. ZIPPELIUS, *Juristische Methodenlehre*, 9<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2005, § 10, VII [Offene Fragen], p. 63 et s.

<sup>349</sup> Comp. F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE, F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*. Transformations et déplacements, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 53. A ceux qui considèrent que lorsqu'il apprécie souverainement les intérêts mis en cause, le juge ne dispose que de pouvoirs contenus et liés dans la mesure où il « s'agit toujours pour lui d'assurer le respect de situations légales, de pourvoir au règlement de questions de droit *sensu lato*, de maintenir en fin de compte l'ordonnement juridique », OST répond : « Certes, toute la question est cependant de savoir si les axes constitutifs et spécifiques de cet ordonnement et les hiérarchies de valeurs qu'ils traduisent sont encore susceptibles d'être dégagés avec netteté et, partant, de réellement déterminer le juge dans l'exercice de ses nouvelles compétences ».

<sup>350</sup> Pour le droit allemand : v. J. BASEDOW, « Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, p. 92, qui se réfère à CANARIS : « Doch ist die wissenschaftliche Durchdringung des positiven Rechts in vielen Staaten so intensiv, daß es immer wieder gelingt, die Systemharmonie herzustellen und man sich jedenfalls durchweg nicht genötigt sieht, von dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung abzurücken ». Pour le droit français : v. Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, « L'entité doctrinale française », D. 1997, p. 167 et s. Les auteurs relèvent que la doctrine, d'une part, élimine les contradictions, obscurités ou insuffisances du droit à l'état brut et, d'autre part, édifie une dogmatique.

<sup>351</sup> V. S. CASSESE, *When Legal Orders Collide : The Role of Courts*, Sevilla, Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2010, p. 49. L'auteur relève : « In a world without general rules or first principles yet full of sectoral legal orders beyond those of nation-States, and without one authority hierarchically superior to the others yet rich in conflicts, how can harmony – or at least coexistence – be ensured ? ». Selon CASSESE, c'est précisément là que les juges ont un rôle à jouer. En effet, c'est eux qui établiraient un « ordre entre les divers ordres juridiques » : « (...) in the presence of a wide variety of global, supranational and State norms, which are not structured in a hierarchical manner and which leave a certain degree of freedom as to the choice of law, judges not only guarantee the juridical unity of their own orders internally, but simultaneously determine the links between the order to which they belong and external orders, regulating the relations between the different systems » (*op. cit.*, p. 110).

<sup>352</sup> Sur la notion de « réseau », v. F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 24 et s. Les auteurs opposent le terme de « réseau » à celui de « système » et plus généralement à celui de « pyramide » : « De manière positive, on retiendra ainsi le fait que le réseau constitue une “trame” ou une “structure”, composée d’“éléments” ou de “points”, souvent qualifiés de “nœuds” ou de “sommets”, reliés entre eux par des “liens” ou “liaisons”, assurant leur “interconnexion” ou leur “interaction” et dont les variations obéissent à certaines “règles de fonctionnement”. De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, “aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel” ».

<sup>353</sup> J. BASEDOW, « Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, p. 92.

## § 2. REMISE EN CAUSE DU « DUALISME » AU PLAN EUROPÉEN

**165.** Entre le discours interne, marqué par une confiance dans l'utilisation (objectivée) par le juge des notions juridiques indéterminées et des clauses générales contenues dans le BGB, et le discours tenu par une partie de la doctrine allemande à l'échelle européenne, on peut constater un certain décalage. En effet, à l'échelle du droit privé européen, la doctrine allemande dénonce elle-même l'utilisation fréquente de notions juridiques indéterminées et de clauses générales et met en garde contre l'augmentation des pouvoirs du juge. Ce sont donc les propos tenus par les civilistes allemands eux-mêmes qui invitent à s'interroger sur la viabilité du concept des notions juridiques indéterminées au niveau du droit privé européen. La critique la plus virulente en ce sens vise le cadre commun de référence pour le droit privé européen<sup>354</sup>. Ce projet de « cadre commun de référence » (CCR), lancé en 2003 par la Commission européenne<sup>355</sup>, en lieu et place d'un Code européen, renvoie à une structure et à des objectifs bien précis<sup>356</sup>. Il ne s'agit ni d'un code obligatoire ni même d'un instrument optionnel, mais d'une « boîte à outils » composée de trois tiroirs : des principes communs, des définitions reposant sur une étude terminologique comparative, des règles modèles. Le cadre commun de référence doit permettre à la Commission de mieux légiférer : il vise à « l'amélioration de la qualité et de la cohérence de l'acquis existant et des instruments juridiques à venir dans le secteur du droit des contrats »<sup>357</sup>. Le projet sert déjà de nouveau modèle contractuel, en Europe et ailleurs<sup>358</sup>. C'est pourquoi les civilistes de tous horizons l'ont soumis à un examen

<sup>354</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, « Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme – », JZ 2008, p. 529 et s. L'article a été traduit en langue française : « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », RTD eur. 2008, p. 761 et s.

<sup>355</sup> COM (2003) 68 final, « Un droit européen des contrats plus cohérent. Un plan d'action ».

<sup>356</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, J. ROCHFELD, « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions... », in Dossier : Droit européen des contrats à la recherche du temps perdu, Droit & Patrimoine décembre 2007 (n° 165), p. 42.

<sup>357</sup> « Droit européen des contrats et révision de l'acquis : la voie à suivre », COM (2004) 651 final, § 2.1.1. Le projet d'un cadre commun de référence (PCCR) a été publié d'abord sous une version provisoire et non annotée par ses rédacteurs, connue sous le nom de « **Interim Outline Edition** » (février 2008). Cette première version a rapidement fait l'objet d'une révision, ce qui a donné lieu à la publication d'une nouvelle version un an plus tard, celle-ci ne contenant toujours que le texte des articles à l'état brut, dénommée « **Outline Edition** » (février 2009). La version complète enfin (« **Full Edition** »), accompagnée de commentaires et de notes comparatives, sur le modèle retenu par les PDEC, a été publiée dans le courant de la même année : Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, vol. 1-6, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009.

<sup>358</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », D. 2008, p. 556.



critique<sup>359</sup>. Parmi les critiques adressées au projet de cadre commun de référence, certains civilistes allemands dénoncent avec vigueur la pluralité de valeurs qui en ressort (A) et l'usage fréquent de clauses générales et de notions juridiques indéterminées à titre de technique juridique, lesquelles sont considérées ici comme des vecteurs du pouvoir discrétionnaire du juge (B)<sup>360</sup>.

### **A. LA PLURALITÉ DE VALEURS OU LA PROBLÉMATIQUE DES « PRINCIPES DIRECTEURS »**

166. Ce qu'un groupe de civilistes allemands a reproché essentiellement à la première version du PCCR, dite « Interim Outline Edition », c'est l'absence de « principes directeurs » clairement définis, susceptibles de venir guider le juge dans l'interprétation des règles modèles et surtout dans la concrétisation des notions indéterminées répandues dans le texte. Le grief de la « pluralité de valeurs » (*Wertungspluralität*) tranche évidemment avec l'« unité de valeurs » caractéristique du droit privé interne, du moins telle qu'elle est supposée. Comme le rappellent les auteurs critiques vis-à-vis du projet de cadre commun de référence, toute œuvre légale n'est pas seulement un simple recueil technique de normes, mais également l'expression d'un idéal, de valeurs concrètes<sup>361</sup>. Il apparaît donc essentiel que l'on puisse les identifier<sup>362</sup>. Ce faisant, les auteurs précisent qu'il n'y va pas là de la question de savoir si ces valeurs ou principes doivent être indiqués explicitement ou même être expliqués de manière détaillée dans une partie introductive abstraite, c'est-à-dire hors du texte de la loi, qui serait tout autre<sup>363</sup>. Force est de reconnaître que l'identification, si ce n'est la formulation, de ces « principes directeurs » revêt un

---

<sup>359</sup> N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, « "A European Civil Code in all but name". Discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference », *Cambridge Law Journal* 69 (2010), p. 98 et s.

<sup>360</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 772 et s.

<sup>361</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 772. V. dans le même sens : O. LANDO, « The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR) », *ERCL* 3/2007, p. 245 et s. ; R. SCHULZE, Th. WILHELMSSON, « From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules », *ERCL* 2/2008, p. 168 (« In any case, it should be underlined that decisions concerning European contract law rules cannot be understood as purely legal-technical decisions. A transparent political discussion is needed for reasons of both democracy and legitimacy »). Les rédacteurs du projet de cadre commun de référence ne disent pas autre chose : « **Private law is one of those fields of law which are, or at least should be, based on and guided by deep-rooted principles** » : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 11, p. 10.

<sup>362</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 772.

<sup>363</sup> *Ibid.*

enjeu particulier à l'échelle du droit privé européen (2). Un simple regard dans le droit national suffit à saisir la difficulté de l'entreprise (1).

### ***1. La formulation de principes directeurs : un exercice déjà difficile au plan national***

**167.** Les codifications nationales de droit privé traditionnelles, comme le BGB ou le Code civil ne discutent pas ouvertement des principes fondamentaux sous-jacents aux règles qu'ils contiennent<sup>364</sup> et de leurs rapports respectifs. Les choix effectués par le législateur en termes de valeur et en termes de priorité ou de hiérarchie sont implicites et transparaissent dans les règles spéciales<sup>365</sup>. En d'autres termes, les règles spéciales sont le reflet des choix politico-juridiques effectués en amont par le législateur, de l'équilibre établi par celui-ci entre les divers principes généraux.

**168.** On notera que la notion de principe en droit privé fait elle-même l'objet de multiples définitions. L'on s'accorde toutefois à reconnaître que les principes sont des normes juridiques dotées d'une généralité, d'une stabilité et d'une importance particulières<sup>366</sup>. Parmi les questions théoriques générées par la problématique des principes généraux, il y a celle qui a trait au rôle du juge<sup>367</sup>. Ce qui se comprend aisément, dans la mesure où le principe n'a nullement besoin d'une consécration législative pour exister<sup>368</sup>. Aussi est-ce la consécration juridictionnelle des principes

---

<sup>364</sup> Les raisons d'un tel choix ont été clairement exposées par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE pour le droit français (v. « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », in *Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 183 et s.). En France, on considère généralement qu'exposer de tels principes contreviendrait à la nature pratique que doit revêtir un code et lui donnerait une allure (trop) scientifique : « Sans doute, cela n'exclut pas chez les rédacteurs des idées générales, des principes directeurs théoriques. Mais ceux-ci doivent demeurer dans les fondations du Code, le bâtiment lui-même ne doit essentiellement contenir que des règles pratiques » (*op. cit.*, p. 183). Comme le souligne l'auteur, les législateurs du début du XIXe siècle « (...) se gardaient en général de formuler les principes inspirant leurs solutions, et, quand ils le faisaient, ils adoptaient des textes souples, d'allure pratique, dans lesquels la conception philosophique transparaissait, mais n'apparaissait pas expressément. Aussi leur œuvre a-t-elle pu vivre, aussi a-t-elle pu durer et être adaptée au monde moderne » (*op. cit.*, p. 187 et s.).

<sup>365</sup> N. JANSEN, « Doctrinal Definition, Policy, and Legitimacy : Some Critical Remarks on the Draft Common Frame of Reference », RDC 2009, p. 814 et s.

<sup>366</sup> G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil. T. 1 : Introduction générale à l'étude du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1972, n° 126 (cité d'après Ph. GÉRARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et Société*, 1988, vol. 12, n° 1, p. 77).

<sup>367</sup> Sur les diverses questions théoriques générées par la problématique des principes généraux, v. Ph. GÉRARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et Société*, 1988, vol. 12, n° 1, p. 76 et s.

<sup>368</sup> Bien souvent d'ailleurs, le principe général du droit privé est défini comme la norme non écrite qui s'impose par sa généralité, sa rationalité et son équité et qui est en principe distincte des normes issues du bloc de

généraux *non écrits* qui suscite le plus grand nombre d'interrogations portant sur l'étendue du pouvoir ainsi exercé par le juge<sup>369</sup>.

Aussi, la formulation de tels principes généraux, même limités à un domaine précis, tel que le droit des contrats, pourrait-elle être perçue à première vue comme un facteur de sécurité du droit.

On peut considérer en effet que l'énonciation formelle de « principes généraux » permet au juge d'avoir des éléments de référence lorsque la règle de droit est muette ou insuffisante. On pourrait donc en déduire qu'ils viennent encadrer et limiter le pouvoir créateur du juge, plus qu'ils ne l'augmentent<sup>370</sup>.

**169.** Or il semble, au contraire, que la formulation de tels « principes fondamentaux » soit perçue davantage comme un facteur d'augmentation des pouvoirs du juge par une majorité d'auteurs. C'est ce dont témoignent les réactions suscitées par la consécration de « principes directeurs du contrat » par certains avant-projets français de réforme du droit des contrats.

La présence de principes directeurs du droit des contrats fait partie de ces innovations structurelles qui ont fait couler beaucoup d'encre. A l'image des codifications européennes et internationales, deux avant-projets de réforme contiennent, en ouverture, des « principes directeurs », l'un de façon expresse et formelle, l'autre de manière plus insidieuse. Le premier est le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la Chancellerie en juillet 2008 qui intègre, en ouverture des dispositions qui composent le sous-titre relatif au contrat, un chapitre intitulé « Principes directeurs », dont les composants sont en substance la liberté, la sécurité et la loyauté contractuelles<sup>371</sup>. Les trois principes directeurs qui ressortent du projet de réforme gouvernemental ne sont pas mentionnés tels quels *expressis verbis* mais

constitutionnalité : v. par ex. P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », JCP 2001, I, 306.

<sup>369</sup> Sur cet aspect, v. Ph. GÉRARD, « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et Société*, 1988, vol. 12, n° 1, p. 80 et s.

<sup>370</sup> Comp. la réflexion de MOTULSKY à propos des principes directeurs du procès civil : la détermination de principes de procédure n'avait d'autre objectif que de « tracer en présence d'une doctrine divisée et – surtout – d'une jurisprudence hésitante, voire contradictoire, l'essentiel des contours de l'office du juge et de la répartition des fonctions processuelles entre celui-ci et les parties » (« Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, p. 93).

<sup>371</sup> D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats », (2010) 44 *RJT* 243, *La lettre de France*, p. 254. On notera qu'il s'agit ici de la première version du projet de réforme de la Chancellerie.

découlent de la lecture de quelques articles (articles 15 à 18), lesquels sont précédés du titre « Principes directeurs ». De son côté, l'avant-projet Terré énonce un certain nombre de principes en tête du Titre I consacré au contrat (v. les articles 3 à 6), sans leur conférer pour autant expressément le label de « principes directeurs »<sup>372</sup>. Les principes consacrés par cet avant-projet de réforme diffèrent de ceux retenus par le projet de réforme gouvernemental : on y trouve la liberté contractuelle, l'ordre public et les droits fondamentaux, la bonne foi et la cohérence<sup>373</sup>. Bien qu'ils ne soient pas qualifiés expressément de « principes directeurs », les commentaires qui accompagnent les règles ne laissent toutefois aucun doute sur leur vraie nature : il s'agit bien là de « principes généraux relatifs au droit des contrats », qui ont une valeur normative<sup>374</sup>. Certains s'expliquent la prudence et la timidité dont font preuve les auteurs de l'avant-projet Terré en la matière par les vives réactions qu'a suscité le projet de réforme gouvernemental, en particulier cette innovation de politique juridique d'inspiration européenne<sup>375</sup> que constituent les « principes généraux » ou « dispositions générales »<sup>376</sup>. En effet, la question de la présence de principes

<sup>372</sup> V. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 11 et s.

<sup>373</sup> V. C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 114 et s.

<sup>374</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113 et s. V. également F. TERRÉ, « La réforme du droit des contrats », D. 2008, Entretien, p. 2992.

<sup>375</sup> Il convient de préciser que la catégorie juridique des principes directeurs n'est pas une pure invention « européenne ». En effet, bien qu'étant absente dans le Code civil, on la trouve déjà en droit français, à la fois en matière de procédure civile et en matière de procédure pénale. C'est en matière de procédure civile où la notion de principe directeur a été conceptualisée en premier, dès la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, pour connaître un certain succès à compter des années 1950 (v. E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, th. Aix-Marseille, 2000, p. 11). L'idée de principes directeurs du procès civil est principalement attribuée à CORNU et FOYER, d'une part, et à MOTULSKY, d'autre part (*ibid.*). C'est aussi sous l'impulsion de ces trois personnages que le concept doctrinal de principe directeur a accédé au rang de norme du droit positif. En effet, ils sont à l'origine de la réforme du Code de procédure civile qui s'est soldée par l'adoption du Nouveau Code de procédure civile en 1975. Le premier chapitre du Titre I<sup>er</sup>, du Livre I<sup>er</sup> du nouveau Code est expressément intitulé « Les principes directeurs du procès » ; il comporte vingt-quatre articles. La catégorie des principes directeurs ayant fait école, elle a fait son apparition en procédure pénale (*ibid.*, p. 12 et s.). Ici, c'est le rapport DELMAS-MARTY sur la mise en état des affaires pénales, remis au Garde des sceaux en 1990, qui est à l'origine d'une telle impulsion. Il faudra attendre toutefois la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes pour que soit intégré au Code de procédure pénale (CPP) un « article préliminaire ». Celui-ci énonce un certain nombre de principes. Malgré cette démarche convergente, les réalités et les fonctionnalités que recouvrent respectivement les « principes directeurs » du procès civil et pénal sont fort hétérogènes. Ainsi qu'il a été souligné, si l'« article préliminaire » du CPP regroupe des règles qui contiennent un caractère tout à la fois conceptuel, général et fondamental (donc doctrinal), les « Principes directeurs du procès » du CPC ne forment qu'une suite de règles techniques qu'il est difficile de distinguer des autres dispositions (*ibid.*, p. 17). C'est dire qu'en droit interne s'opposent conceptions dogmatique et pragmatique des Principes directeurs. Suivant en cela la tradition française, MOTULSKY avait souligné pour sa part que les dispositions liminaires du NCPC ont été pensées en des termes pragmatiques : la dogmatique des principes demeurerait du ressort de l'analyse intellectuelle et non du droit positif (v. les références citées in *op. cit.*, p. 23).

<sup>376</sup> D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Paris, Economica, 2009, p. 351. V. le même, « Réforme du droit des contrats », RDC 2009, p. 471 et s. (« fins stratégiques »).

directeurs dans le futur Code civil est celle qui, avec la « cause », a suscité lors des débats sur le projet de réforme gouvernemental le plus de controverses en doctrine<sup>377</sup>.

**170.** L'énonciation de principes directeurs a surtout provoqué une inquiétude tenant à la portée de ces principes. Comme l'a formulé un auteur, d'une façon générale, l'expression formelle de principes qualifiés expressément de « principes directeurs » risque de faire naître une grande incertitude quant au statut exact de ceux-ci au regard des simples règles du Code et sur l'utilisation qui peut en être faite<sup>378</sup>.

Que l'on soit partisan ou non des principes directeurs, tout le monde s'accorde sur le fait que l'utilité concrète de la mise en exergue de tels principes réside dans un rôle de guide général d'interprétation des règles spéciales et des contrats<sup>379</sup>.

Or c'est précisément cette fonction d'interprétation qui est redoutée par une grande partie de la doctrine qui la qualifie de dangereuse<sup>380</sup>. En effet, certains redoutent la création d'un « super droit commun »<sup>381</sup> qui permettrait au juge de paralyser une règle précise figurant dans les textes suivants et de modeler ainsi les rapports contractuels selon son bon vouloir<sup>382</sup>. C'est donc la judiciarisation du contrat qui est redoutée avant tout. Notons que cette crainte n'est pas infondée, si l'on en juge à travers les observations faites par les auteurs des PDEC à propos du « principe directeur » de bonne foi consacré à l'article 1.201. Dans ses commentaires, la Commission Lando n'hésite pas à affirmer que le concept [général] de bonne foi « complète les dispositions [spéciales] des Principes et même passe avant elles

---

<sup>377</sup> D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Paris, Economica, 2009, p. 350. En ce sens également : D. MAINGUY, « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 308 et s. L'opposition à l'encontre des Principes directeurs a d'ailleurs été tellement forte en doctrine qu'ils ont disparu de la deuxième mouture du projet de réforme de la Chancellerie de mai 2009.

<sup>378</sup> V. les « Observations de Jacques GHESTIN », in J. GHESTIN (dir.), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, PA 12 février 2009, p. 11.

<sup>379</sup> V. notamment R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP 2008, I, 190, p. 19 ; D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », Chron., D. 2008, p. 2677. L'avant-projet Terré reconnaît explicitement un tel rôle aux principes généraux qu'il formule : v. C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 114 : « Les principes généraux proposés ici (...) ont une valeur normative » ; « (...) il reviendra au juge, en cas de conflit, de s'inspirer de ces principes généraux pour les appliquer, en tant que de raison, aux différentes étapes contractuelles ».

<sup>380</sup> Exemple à ce titre : R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP 2008, I, 190, p. 19.

<sup>381</sup> L'expression est empruntée à P. ANCEL, Ph. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE, S. PIMONT, « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP 2008, I, 213, p. 20.

<sup>382</sup> Soucieux en ce sens : R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP 2008, I, 190, p. 19 ; A. GHOZI, Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », D. 2008, chron., p. 2609 et s.

lorsqu'une application étroite conduirait à un résultat manifestement injuste »<sup>383</sup>. Comme si elle répondait aux craintes ressenties par une partie de la doctrine française, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente du 11 octobre 2011, qui consacre trois principes généraux en ouverture (la liberté contractuelle, la bonne foi et la coopération), a pris, elle, le contre-pied de cette analyse en énonçant au considérant 31 que « Le principe de bonne foi et loyauté devrait guider les parties dans les modalités de leur coopération. *Certaines dispositions constituant des expressions spéciales de ce principe général, elles devraient prévaloir sur ce dernier. Le principe général ne saurait donc servir à modifier les droits et obligations spécifiques des parties tels qu'ils sont définis dans les dispositions spéciales* »<sup>384</sup>. En somme, c'est le caractère subversif des « principes généraux » qui est redouté. Celui-ci a été parfaitement mis en lumière par un auteur qui a fait observer que : les principes ont, entre les mains du juge « une nature belliqueuse et subversive » : « leur action fondamentale consiste en une négation systématique des normes juridiques en vigueur »<sup>385</sup>.

**171.** La précision apportée par le législateur européen est significative du fait que la crainte de la judiciarisation du contrat est étroitement liée à la présence, dans les principes directeurs, du devoir de bonne foi<sup>386</sup>. C'est ici que les liens entre les aspects structurel et substantiel de la controverse relative aux principes directeurs sont le plus visibles. Ici, c'est la consécration même d'un principe substantiel qui est en cause. On sait que le devoir de bonne foi suscite toujours une certaine méfiance en droit français en raison des pouvoirs qu'il confère au juge dans le contrat. Comme le résume Denis Mazeaud, si en droit positif, la bonne foi est exploitée comme une simple force d'appoint et joue encore un rôle secondaire, beaucoup redoutent que, dotée d'un statut de principe directeur, elle ne devienne une valeur essentielle du droit des contrats<sup>387</sup>. A quoi certains ont répondu que la mise en exergue de la bonne foi ne paraissait pas de nature à bouleverser l'état du droit, compte tenu des

<sup>383</sup> V. Principes du droit européen du contrat, *op. cit.*, commentaires II sous l'art. 1.201 PDEC, p. 72.

<sup>384</sup> COM (2011) 635 final, p. 23 (nous soulignons).

<sup>385</sup> Les exemples jurisprudentiels cités par DWORKIN au soutien de la distinction entre règles et principes vont dans ce sens également : v. R. DWORKIN, « Le positivisme », *Droit et Société* 1-1985, p. 42 et s.

<sup>386</sup> Sont significatifs à ce titre les articles suivants : R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », *JCP* 2008, I, 190, p. 19 ; A. GHOZI, Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, chron., p. 2609 et s. ; L. LEVENEUR, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », *Contrats, conc. consom.* nov. 2008, n° 10, p. 2.

extensions réalisées par la jurisprudence à partir de l'article 1134 al. 3 C. civ.<sup>388</sup> En effet, si, selon les dires mêmes de la Chancellerie<sup>389</sup>, les principes directeurs ne sont que la reprise du droit vivant<sup>390</sup>, comment pourraient-ils venir bouleverser le droit positif ? Il y a là un certain paradoxe qu'a déjà souligné Mireille Delmas-Marty en son temps, lorsqu'elle a proposé en 1990 de consacrer des « principes fondamentaux » en vue de la réforme du Code de procédure pénale. On sait que ces principes furent en définitive abandonnés en raison des réticences du gouvernement et du Parlement. « Réticences quelque peu contradictoires » nous dit-elle, « car elles expriment tout à la fois la crainte de l'inutilité de tels principes, qui seraient déjà applicables, et celle d'un transfert excessif de pouvoirs au juge »<sup>391</sup>. Comme l'a parfaitement analysé l'auteur, « Trop d'effets et pas assez d'effets, ces craintes sont significatives d'un attachement aux règles techniques et d'une méfiance à l'égard de notions plus faiblement déterminées »<sup>392</sup>.

**172.** Les controverses suscitées par le principe de la bonne foi sont significatives également du fait que par-delà son aspect technique, la question des principes directeurs du droit des contrats revient à déterminer ce que doit être le droit des contrats<sup>393</sup>.

<sup>387</sup> D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats », (2010) 44 RJT 243, La lettre de France, p. 255.

<sup>388</sup> P. ANCEL, Ph. BRUN, V. FORRAY, O. GOUT, G. PIGNARRE, S. PIMONT, *ibid.* Dans le même sens : D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009 (Débats : la réforme du droit français des contrats en droit positif), p. 279 et s., qui écrit : « Pour quelle raison la seule formulation du principe conduirait-elle un juge aussi prudent dans le passé à en abuser dans le futur ? ».

<sup>389</sup> V. F. ANCEL, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », RDC 2009 (Débats : la réforme du droit français des contrats en droit positif), p. 273 et s.

<sup>390</sup> V. en ce sens la présentation et la synthèse des principes fondateurs du droit des contrats réalisée par M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, 1- Contrat et engagement unilatéral, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, n° 28 et s. (qui cite la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi).

<sup>391</sup> M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, éd. du Seuil, 1994, p. 134.

<sup>392</sup> *Ibid.* V. à ce titre L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », in *Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 187 et s. Comme le relate l'auteur, l'énonciation, à la manière d'un frontispice de « principes généraux » a toujours suscité la critique en France. Les observations formulées par le tribunal de Lyon à propos du livre préliminaire du projet de l'an VIII sont éclairantes : « Toutes les maximes contenues dans ce livre préliminaire, même les moins contestées, sont certainement des abstractions *métaphysico-légales* essentiellement sujètes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion, à interprétation. Il peut être utile aux publicistes de les développer, aux législateurs de les méditer ; mais il est très dangereux de les ériger en principes, et de les consacrer dans un Code. Le chancelier de l'Hôpital disait : "La loi commande ; elle n'est pas faite pour instruire, elle n'a pas besoin de convaincre". Si le Gouvernement adoptait le principe de ce grand homme, ce livre préliminaire se réduirait aux seules dispositions impératives, incontestables et nécessaires sur la publication, les effets et l'abrogation des lois » (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. IV, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 36).

<sup>393</sup> En ce sens également : F. TERRÉ, « Les principes fondateurs du droit français des contrats », in *Principes fondateurs des droits français et russe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 340 (« L'existence de tels principes, formulée plus expressément qu'en 1804, suscite certaines résistances qui sont plus de fond que de forme »).

Le tour passionnel qu'a pris la question montre toute la difficulté de s'accorder, en droit interne également, sur les valeurs fondamentales censées irriguer *de lege lata* et *de lege feranda* le droit des contrats.

L'objectif affiché par la Chancellerie était justement de « réaffirmer la conception française du droit des contrats dans l'optique du débat sur le droit européen des contrats »<sup>394</sup>. Certains se sont félicités de l'occasion qu'ils donnaient de prendre clairement partie sur la conception du contrat qui innovera le droit futur et sur les valeurs fondamentales qui l'irrigueront<sup>395</sup>. La pédagogie accompagne ici le symbole<sup>396</sup> : l'énonciation de principes directeurs participerait à la « clarification du droit français »<sup>397</sup>. Oui mais encore faut-il s'accorder sur la teneur des principes devant être élevés au rang de « principe directeur ». La doctrine est loin d'être unanime sur ce point<sup>398</sup>. Tantôt, c'est la consécration même d'un principe directeur, tantôt son absence, parfois le seul contenu ou l'emplacement de celui-ci qui est déploré ou remis en cause.

Cette incursion dans le débat sur l'avenir du droit français des contrats a démontré combien il était difficile, en droit interne déjà, de s'accorder sur les principes fondamentaux devant régir le droit des contrats. La difficulté s'accroît logiquement à l'échelle européenne.

---

<sup>394</sup> V. notamment F. ANCEL, « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », RDC 2009 (Débats : la réforme du droit français des contrats en droit positif), p. 273 et s.

<sup>395</sup> D. MAZEAUD, « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », Chron., D. 2008, p. 2677 ; D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009 (Débats : la réforme du droit français des contrats en droit positif), p. 279 et s.

<sup>396</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113.

<sup>397</sup> « Observations de X. LAGARDE », in J. GHESTIN (dir.), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, PA 12 février 2009, p. 74 et s.

<sup>398</sup> On notera que G. ROUHETTE, soucieux de remédier aux lacunes de l'avant-projet Catala, ne comportant pas de principes directeurs, a proposé l'introduction de quatre principes : la liberté contractuelle, le respect de l'ordre public, des bonnes mœurs, de la non-discrimination et des libertés et droits fondamentaux, la bonne foi et la collaboration (v. « Regard sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, RDC 2007, p. 1393 et s., 1422). On a vu par ailleurs que le projet de réforme de la Chancellerie et l'avant-projet Terré ne contenaient pas la même liste des principes directeurs. Suivant les affinités respectives de chacun, les principes retenus ont eu un accueil plus ou moins favorable. Les propositions de remaniement des listes respectives sont d'ailleurs inflationnaires.



## ***2. Les difficultés particulières et les enjeux spécifiques en droit européen des contrats***

**173.** Ce qu'un groupe de civilistes allemands a reproché aux rédacteurs du projet de cadre commun de référence est d'avoir omis, en définitive, d'exprimer clairement les valeurs sur lesquelles reposent les règles-modèles adoptées, autrement dit d'avoir opéré un choix en termes de valeurs (b). L'absence d'un tel choix, qui est loin d'être neutre, se manifeste, d'après la critique, dans le vaste catalogue de « principes fondamentaux » retenu (a).

### ***a) Un catalogue de « principes fondamentaux » trop vaste***

**174.** Dans sa première version, le PCCR contenait une liste de quinze « principes fondamentaux » censés orienter l'œuvre générale (i). Dans la proposition de « principes directeurs » faite par un groupe français, ces principes ont été réduits et précisés (ii), ce qui amène à se demander si la réduction du nombre de principes directeurs conduit nécessairement à une meilleure lisibilité et cohérence du droit.

#### ***(i) Le catalogue retenu par le PCCR***

**175.** La première version (*Interim Outline Edition*) du projet, celle qui a donné lieu aux critiques qui nous intéressent ici, les rédacteurs ne mentionnaient pas moins de quinze principes fondamentaux (*fundamental principles*) ou valeurs fondamentales<sup>399</sup> sous-jacentes aux règles modèles dans l'introduction : « justice, liberté, protection des droits de l'homme, bien-être économique, solidarité et responsabilité sociale, établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, promotion du marché commun, protection des consommateurs et d'autres personnes nécessitant une protection, conservation de la diversité culturelle et linguistique,

---

<sup>399</sup> Les auteurs du projet de cadre commun de référence expliquent qu'ils entendent le terme de « principe fondamental » au sens de « valeur fondamentale » (« abstract basic value ») et que les règles modèles reposent évidemment sur ces principes fondamentaux : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 11.

rationalité, sécurité juridique, prévisibilité, efficacité, protection de la confiance légitime, principe de la responsabilité pour risques de son propre fait »<sup>400</sup>. Cette liste, non exhaustive, se caractérisait non seulement par son ampleur mais également par le fait que les divers principes énumérés ne faisaient pas l'objet d'un classement selon un ordre de priorité<sup>401</sup>. C'est ce qui a fait dire à certains que la liste n'était qu'un simple compromis entre deux courants de pensée : l'analyse économique du droit d'un côté et le courant favorable à une plus grande justice sociale en droit privé de l'autre<sup>402</sup>. Face à ce constat, une partie de la doctrine allemande s'est interrogée sur leur aptitude à servir de directives pour la concrétisation des règles contenues dans le projet puisque c'est là la finalité essentielle qui leur est assignée par leurs auteurs<sup>403</sup>.

**176.** Cette finalité a été sérieusement mise en cause, pour deux raisons : d'une part, parce que le contenu même des divers principes énumérés est en grande partie incertain, les principes étant susceptibles de plusieurs interprétations et conceptions possibles et, d'autre part, parce que leurs rapports respectifs ne sont pas réglés<sup>404</sup>. Selon l'analyse, la simple évocation de principes aux contours incertains ne suffirait pas à leur conférer une fonction de modèle (*Leitbildfunktion*).

Il n'y aurait qu'à songer aux multiples interprétations auxquelles peuvent donner lieu les principes fondamentaux énumérés : la notion de justice par exemple serait assimilée parfois à celle d'égalité (notion elle-même ambiguë), parfois elle servirait tout simplement de substitut à une certaine conception de base éthique (comme le libéralisme ou l'utilitarisme). Dans une autre perspective, la notion

---

<sup>400</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2008, Intr. 22 et 35. Cette liste est récapitulée par les auteurs dans la version modifiée : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 12.

<sup>401</sup> Selon les dires mêmes des rédacteurs : v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 12.

<sup>402</sup> N. JANSEN, « Doctrinal Definition, Policy, and Legitimacy : Some Critical Remarks on the Draft Common Frame of Reference », RDC 2009, p. 814 et s.

<sup>403</sup> Selon les rédacteurs du projet : « Any statement of them must (...) give some practical guidance on how to read and to interpret the definitions and model rules contained in the CFR (...) », v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2008, Intr. 18.

<sup>404</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 773. Rappr. en France : B. FAUVARQUE-COSSON, « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », RDC 2008, p. 533 : « L'équilibre entre tous ces principes et leurs correctifs est subtil ; sans formulation précise, avec des commentaires et des notes, la plus grande insécurité régnera ».

renverrait également à des conceptions procédurales de la justice (« la justice *via* les procédures »). Quant aux rédacteurs du projet de cadre commun de référence, ils se réfèrent à la distinction ancestrale d'Aristote entre la justice distributive (*iustitia distributiva*) et la justice commutative (*iustitia commutativa*)<sup>405</sup>. Pour affirmer que le projet a eu le souci particulier de promouvoir la justice commutative, mais qu'il se prononce parfois aussi en faveur de la justice distributive<sup>406</sup>. Cette brève explication est jugée très insatisfaisante par une partie de la doctrine allemande qui considère que ce rattachement à demi-mot à une distinction aussi vieille que litigieuse du point de vue de son contenu, est évidemment tout sauf une conception consistante de la justice<sup>407</sup>. La remarque pouvant être étendue à tous les principes énumérés dans l'introduction, cela fait dire aux voix critiques qu'ils sont quasiment inutiles pour les besoins de la pratique<sup>408</sup>.

177. Cela serait d'autant plus vrai que le texte d'introduction ne répondrait pas à l'importante question de savoir quels sont les rapports de priorité entre les divers principes<sup>409</sup>. Et ce alors que les auteurs du PCCR eux-mêmes ont très justement perçu qu'il puisse y avoir des conflits entre les principes et les objectifs au cas particulier<sup>410</sup>. Preuve en est qu'ils n'hésitent pas à réaffirmer avec insistance, dans la nouvelle version du projet, que ce serait même la caractéristique de tels principes que d'entrer en conflit les uns avec les autres<sup>411</sup>. Et comme s'ils avaient voulu répondre aux critiques ci-dessus formulées, ils ajoutent que les principes peuvent même entrer en conflit avec eux-mêmes, en fonction du point de vue adopté : par exemple, l'un des aspects de la justice (l'égalité de traitement) pourrait entrer en conflit avec un

---

<sup>405</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2008, Intr. 24.

<sup>406</sup> *Ibid.* (cité d'après H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 773).

<sup>407</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 773.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 774.

<sup>409</sup> *Ibid.*

<sup>410</sup> C'est ce que les rédacteurs rappellent dans la version modifiée du projet : « It was stressed that the principles would inevitably conflict with each other (...) » : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 12.

<sup>411</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Princ. I, p. 60 : « It is characteristic of principles such as those discussed here that they conflict with each other ».

autre (protection du faible)<sup>412</sup>. D'où la conclusion tirée par les auteurs que les principes ne pourraient jamais être appliqués de façon pure et rigide<sup>413</sup>.

La conclusion n'a toutefois pas empêché les voix critiques d'envisager certains moyens qui pourraient redonner aux principes toute leur utilité en vue de préciser le sens des règles modèles adoptées. Selon une analyse, la simple énonciation de principes (potentiellement contradictoires) ne servirait pas à grand-chose, tant qu'elle ne serait pas accompagnée de « règles de conflit » abstraites qui viendraient clarifier quand un principe a priorité sur l'autre et surtout pour quelles raisons<sup>414</sup>. Globalement, on reproche aux rédacteurs du PCCR d'avoir manqué de prendre parti sur la philosophie sous-jacente aux règles modèles<sup>415</sup>.

### (ii) *Le catalogue retenu par les travaux français*

**178.** Peut-on dire que la réduction du nombre de principes fondamentaux, qu'ils soient mentionnés en guise d'introduction au projet ou dans un chapitre préliminaire, conduise nécessairement à un renforcement de la lisibilité du droit et à une meilleure sécurité juridique ? A première vue, une réponse positive semble s'imposer. D'abord, la logique parle en ce sens. Par ailleurs, force est de constater que les rédacteurs du projet de cadre commun de référence ont procédé, dans la version révisée, à une épuration de la liste initiale des principes fondamentaux, du moins à son remaniement. Dans cette entreprise, les auteurs du projet disent s'être inspirés de la proposition de Principes directeurs du droit européen du contrat faite par le groupe français Association Henri Capitant/Société de législation comparée<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> *Op. cit.*, Princ. I, p. 61.

<sup>413</sup> *Ibid.*

<sup>414</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 774. Notons que ces règles de conflit apparaissent d'autant plus nécessaires que les commentaires qui accompagnent les règles modèles ne constituent pas de véritables exposés des motifs (*Gesetzesbegründung*) puisqu'ils n'expliquent pas les raisons et les appréciations de valeur qui sous-tendent les choix effectués, mais se bornent à expliquer comment la règle doit être appliquée. C'est dire que les praticiens, et donc essentiellement les juges, sont déjà privés d'un précieux guide d'interprétation : v. Ph. HELLWEGE, « Allgemeines Vertragsrecht und "Rechtsgeschäfts"-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR) », *AcP* 211 (2011), p. 699 et s.

<sup>415</sup> La critique rejoint en certains points celle formulée par le groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen (v. « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », *RTD civ.* 2005, p. 713 et s.) : « Le cadre de référence commun ne peut pas éviter de se prononcer sur ce type de valeurs fondamentales et la façon dont elles devraient être équilibrées, (...) ».

<sup>416</sup> V. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008, Titre I (Principes directeurs du droit européen du contrat). L'avant-propos de l'ouvrage rappelle

Or, les principes directeurs retenus par le groupe français se démarquent par leur nombre réduit et la précision de leur formulation.

**179.** En effet, seuls trois principes directeurs sont retenus : la liberté, la sécurité et la loyauté contractuelles<sup>417</sup>. A l'instar des « principes fondamentaux » précités, ces principes directeurs ont vocation à venir guider l'interprétation des Principes du droit européen du contrat auxquels ils sont associés<sup>418</sup> ; leur fonction est donc moins prescriptive que régulatrice<sup>419</sup>. Au vu de la formulation précise dont ils font l'objet, et qui constitue leur deuxième caractéristique, on peut penser qu'ils ont plus de chance de remplir leur rôle que les principes fondamentaux retenus originellement par les rédacteurs du projet de cadre commun de référence, qui souffrent pour leur part d'une grande imprécision. Afin de donner un contenu concret aux principes directeurs retenus, le groupe français a recensé et analysé les diverses applications dont font l'objet les principes respectifs en droit interne (de plusieurs Etats), international et européen, ainsi que dans les autres codifications doctrinales. A l'issue de ces analyses, une synthèse des principes est proposée : chacun des trois principes directeurs sus-mentionnés (liberté, sécurité, loyauté) contient trois à quatre sous-principes qui viennent les concrétiser<sup>420</sup>. Le principe de sécurité contractuelle par exemple se décline sous la forme de quatre règles : principe de la force obligatoire, droit à l'exécution, devoir et droits des tiers, faveur pour le contrat. Comme l'expliquent les auteurs, la présentation synthétique des principes doit leur

---

qu'au mois de mai 2005, l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée ont adhéré au Réseau commun pour le droit européen des contrats, dont la mission est d'élaborer le cadre commun de référence « établissant des principes et une terminologie commune dans le domaine du droit européen des contrats ».

<sup>417</sup> On remarquera que ce sont ces trois principes directeurs qui sont retenus également par le projet de réforme du droit français des contrats présenté par la Chancellerie.

<sup>418</sup> « (...) principes à valeur générale destinés à éclairer, en les rattachant à leur fondement, l'ensemble des dispositions des Principes du droit européen du contrat, qu'il s'agisse des Principes dans leur état initial ou révisés » ; « les Principes directeurs représentent désormais un guide possible pour l'interprétation et l'application des Principes du droit européen du contrat. En effet, le sens de ces dispositions pourra être précisé par le Principe directeur dont elle n'est qu'une application particulière » ; « (...) conformément à leur *inspiration première*, ils ont une égale vocation à être associés aux Principes du droit européen du contrat » (nous soulignons) : *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008, p. 17 et s.

<sup>419</sup> *Op. cit.*, p. 17.

<sup>420</sup> V. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008, p. 197.

permettre de prendre utilement place en tête des Principes du droit européen du contrat (règles modèles), sous la forme d'un chapitre préliminaire<sup>421</sup>.

**180.** Or, malgré les mérites indéniables d'une telle approche, cela n'a pas mis les Principes directeurs à l'abri de la critique, même s'il est vrai que celle-ci vise moins les Principes en eux-mêmes<sup>422</sup> que leur réalisation dans les règles modèles qui s'ensuivent. Rappelons qu'à côté de la recherche, l'identification et l'élaboration de Principes directeurs du droit européen des contrats, le groupe français a travaillé également à la révision d'ensemble des Principes du droit européen du contrat (PDEC) dans ses seules dispositions relatives au contrat<sup>423</sup>. A ce titre, on a pu reprocher aux travaux français certaines incohérences entre la formulation des Principes directeurs et leur application concrète, telle qu'elle ressort des règles modèles retenues. Or un principe directeur est *a priori* une notion première qui commande un ensemble de règles particulières qui viennent se ranger sous son application<sup>424</sup>. Par exemple, et comme l'a justement relevé un auteur, il y a une contradiction entre le fait de consacrer d'un côté la sécurité contractuelle comme Principe directeur, celle-ci englobant expressément le droit à l'exécution, et le fait de limiter de l'autre le droit d'obtenir paiement d'une dette de somme d'argent<sup>425</sup>. Si l'article 9.101 PDEC énonce dans son alinéa 1<sup>er</sup> le principe du droit du créancier d'obtenir paiement d'une dette de somme d'argent exigible, il contient dans son 2<sup>e</sup> alinéa un certain nombre de restrictions audit principe<sup>426</sup>. Or ces dernières sont

---

<sup>421</sup> *Op. cit.*, p. 18.

<sup>422</sup> V. toutefois en ce sens, O. LANDO, « La contribution française au droit européen du contrat », RDC 2009, p. 729 et s., qui critique principalement l'art. 0.203 des Principes contractuels communs (devoir des tiers de respecter le contrat).

<sup>423</sup> V. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008, Titre II (Projet de révision des Principes du droit européen du contrat). Pour plus de détails sur les travaux français, v. C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, J. ROCHFELD, « Doctrine française et cadre commun de référence : la politique de la chaise... pleine », in Dossier : Droit européen des contrats à la recherche du temps perdu, Droit & Patrimoine décembre 2007 (n° 165), p. 49 et s.

<sup>424</sup> Il s'agit ici de la définition du principe général de droit privé donnée par P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », JCP 2001, I, 306. Rapp. J.-L. SOURIOUX, « Le concept de principe général » (consultable sur [www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/sourieux.pdf](http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/sourieux.pdf)) : « (...) le *principe général* tient du *principe* la vocation naturelle à "occuper le premier rang" (...). (...) d'un point de vue linguistique, on notera que la généralité ajoute à l'idée de primauté celle d'extension. Il en résulte que le *principe général* est, au sens strict, le principe qui a une vocation propre à l'étendue, comme le genre par opposition à ce qui est particulier ».

<sup>425</sup> A. FLESSNER, « Der Geld-Erfüllungsanspruch im europäischen Vertragsrecht auf den Stufen zum Gemeinsamen Referenzrahmen », in *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen BUCHER zum 80. Geburtstag*, Bern, Stämpfli, Zürich, Schulthess, 2009, p. 145 et s.

<sup>426</sup> Article 9.101 PDEC : Dettes de somme d'argent

(1) Le créancier a droit d'obtenir paiement d'une dette de somme d'argent exigible.

reprises par le groupe français sans qu'il y ait la moindre explication<sup>427</sup>. Incohérence d'autant plus fâcheuse que le principe de sécurité contractuelle, qui unit dans son énoncé la force obligatoire et l'exécution forcée en nature, est perçu comme l'expression d'une spécificité du modèle contractuel français. Et l'on sait que les Principes directeurs élaborés par le groupe français ne sont pas très sensiblement éloignés des fondations du droit français des contrats<sup>428</sup>.

Quoi qu'il en soit, l'exemple est significatif du fait que la réduction du nombre des « principes fondamentaux » ou « principes directeurs » sous-jacents aux règles modèles et destinés à guider leur interprétation ne garantit pas nécessairement la cohérence d'une œuvre. Ce constat pourrait venir conforter la solution adoptée *in fine* par les rédacteurs du projet de cadre commun de référence : visiblement, la méthode retenue par les travaux français n'a pas réussi à convaincre entièrement ces derniers puisqu'ils ont renoncé finalement à placer des principes fondamentaux en tête des règles modèles dans la version révisée du projet. La raison qui est donnée est que les principes fondamentaux constituent une distillation des règles modèles et ont par conséquent une fonction principalement descriptive<sup>429</sup>. Or, étant donné que les principes entrent nécessairement en conflit entre eux et que leurs frontières sont

(2) Lorsque le créancier n'a pas encore exécuté sa propre obligation et qu'il est manifeste que le débiteur n'acceptera pas de recevoir l'exécution, le créancier peut néanmoins passer à l'exécution et obtenir paiement de toute somme exigible en vertu du contrat à moins

(a) qu'il n'ait eu la possibilité d'effectuer une opération de remplacement raisonnable sans efforts ni frais appréciables,

(b) ou que l'exécution de son obligation n'apparaisse déraisonnable eu égard aux circonstances.

<sup>427</sup> A. FLESSNER, *ibid.* Le groupe français fait simplement remarquer qu'« au final, le contenu de l'article [9.101 PDEC] mérite d'être conservé en l'état. Cette disposition nous livre une autre conception de la force obligatoire basée essentiellement sur l'utilité du contrat. La référence au « raisonnable » donne de la souplesse à la règle » : Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, coll. Droit privé européen et comparé, vol. 7, 2008, p. 680.

<sup>428</sup> En ce sens : C. AUBERT DE VINCELLES, B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD, J. ROCHFELD, « Doctrine française et cadre commun de référence : la politique de la chaise... pleine », in Dossier : Droit européen des contrats à la recherche du temps perdu, Droit & Patrimoine décembre 2007 (n° 165), p. 50. En effet, il n'y a qu'à se reporter à la synthèse des principes fondateurs du droit (français) des contrats réalisée par M. FABRE-MAGNAN dans son manuel de *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, n° 28 et s., pour constater les similitudes. Les principes fondateurs du droit des contrats énumérés sont : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et la bonne foi. Adde F. TERRÉ, « Les principes fondateurs du droit français des contrats », in *Principes fondateurs des droits français et russe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 331 et s. (qui retient les mêmes principes).

<sup>429</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 13. Notons que ce n'est pas l'opinion du groupe d'étude sur la justice sociale en droit européen des contrats pour qui le choix des principes fondamentaux et des valeurs en droit européen des contrats participe à la création d'une union toujours plus forte des peuples d'Europe fondée sur des valeurs communes, avec la nécessité de respecter leur diversité et leurs différences : v. « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005, p. 713 et s.

fluides, les auteurs du PCCR estiment que le fait de les extraire et de les regrouper au début ne viendrait qu'affaiblir le projet de cadre commun de référence<sup>430</sup>. Au vu des critiques dont font l'objet les Principes directeurs élaborés par le groupe français, la remarque n'est pas dénuée de tout fondement<sup>431</sup>. Selon les auteurs du PCCR, une telle approche discursive aurait donc davantage sa place dans une introduction<sup>432</sup>. Il n'empêche qu'à cet endroit précisément, les rédacteurs du projet de cadre commun de référence ont procédé à une présentation plus « efficace » des principes, guidés en cela par les travaux français, en distinguant, d'un côté les principes qui sous-tendent les règles modèles (*underlying principles*) et de l'autre, les principes qui se situent au-dessus des règles modèles, et qui ont une nature plutôt politique (*overriding principles*)<sup>433</sup>. Bien que le nombre des principes respectifs ait diminué par rapport à la première version du projet, ils sont toutefois au nombre de neuf. Parmi les « underlying principles », on compte la liberté, la sécurité, la justice et l'efficacité. Au titre des « overriding principles » sont énumérés : la protection des droits fondamentaux, la promotion de la solidarité et de la responsabilité sociale, la préservation de la diversité culturelle et linguistique, la protection et la promotion du bien-être (économique) et la promotion du marché intérieur. Cependant, une fois la distinction établie, les auteurs s'empressent de remarquer que les quatre principes de la première catégorie jouent également un rôle à titre de « overriding principles » et que les frontières entre les deux catégories de principes sont fluides<sup>434</sup>. Cette dernière remarque montre toute la difficulté qu'on éprouve, à l'échelle du droit privé européen, à fixer les principes fondamentaux et à régler leur fonction et leurs interactions<sup>435</sup>.

---

<sup>430</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 13.

<sup>431</sup> Même s'il faut remarquer que la fonction unificatrice du projet de cadre commun de référence plaide plutôt dans le sens d'une énonciation formelle des principes qui irriguent les règles modèles, v. infra.

<sup>432</sup> *Ibid.* Il n'empêche que pour respecter un minimum la structure tripartite recommandée par la Commission européenne (principes, définitions, règles modèles), le projet de cadre commun de référence analyse plus longuement un certain nombre de principes (les « underlying principles ») dans une section qui précède les règles modèles : v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, p. 57 et s.

<sup>433</sup> V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, Intr. 14.

<sup>434</sup> *Op. cit.*, Intr. 16.

<sup>435</sup> Pour une critique de cette partie « revisitée » relative aux principes fondamentaux, proche de celle susmentionnée qui visait encore la première version du PCCR, v. Ph. HELLWEGE, « Allgemeines Vertragsrecht und "Rechtsgeschäfts"-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR) », AcP 211 (2011), p. 689 et s.



### *b) Un choix nécessaire qui est loin d'être neutre*

**181.** Cela n'est peut-être pas étonnant si l'on veut bien considérer que l'idée d'extraire des principes généraux à partir d'un corps de règles concrètes n'est pas un exercice neutre, contrairement à ce que laissent entendre les rédacteurs du PCCR qui qualifient la tâche de descriptive. Ainsi qu'il a pu être relevé à propos de l'entreprise d'élaboration de principes (généraux) de droit européen des contrats sur le fondement du droit positif « communautaire », appelé « acquis communautaire », l'idée de définir des principes à partir d'un groupe de règles concrètes est une méthode qui appelle immédiatement une critique d'un point de vue épistémologique<sup>436</sup>. En effet, dans une telle entreprise, des décisions qui sont en réalité d'ordre politico-morales peuvent être cachées derrière un langage procédant d'un raisonnement par « induction », d'apparence neutre<sup>437</sup>. Or la définition de principes généraux sur le fondement de règles concrètes appellerait nécessairement des choix en termes de valeur. Ainsi, les principes retenus traduiraient bien souvent les choix subjectifs de la personne procédant à la généralisation. C'est dire que l'entreprise de généralisation n'est pas un exercice scientifique, purement neutre en termes de valeur<sup>438</sup>. Selon une analyse, en matière d'« induction » juridique, les ancrages inter-subjectifs tiennent principalement à la tradition<sup>439</sup> : les nouvelles règles qui apparaissent conformes à la tradition (juridique) de l'auteur de la généralisation sont souvent considérées comme

---

<sup>436</sup> Th. WILHELMSSON, « The Contract Law *Acquis* : Towards More Coherence Through Generalisation ? », in *4<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 144.

<sup>437</sup> *Ibid.* « In such a procedure, decisions that in reality are political-moral can be hidden behind a neutral induction-like language ». Rapp. R. SCHULZE, « Pluralismus der Rechte und Konvergenz des Rechtsdenkens – Zur geschichtlichen Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze », in H.-D. ASSMANN, G. BRÜGGEMEIER, R. SETHE (dir.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens*, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 28 : « Methodisch stehen Konzepte der allgemeinen Rechtsgrundsätze (...) im Spannungsverhältnis zwischen Objektivismus und Konstruktivismus : Einerseits stützen sie die Inhaltsbestimmung eines allgemeinen Grundsatzes vornehmlich auf die Annahme, dass in Normen und Kasuistik der zugrunde liegenden Rechte ein gemeinsamer Kerngehalt enthalten und bei Abstraktion von den jeweiligen Besonderheiten feststellbar ist. Andererseits verbindet sich diese Abstraktion stets mit einer Wertung, Analyse und Gewichtung (wie schon die gängige Formulierung zeigt, die allgemeinen Rechtsgrundsätze seien mehr als der kleinste gemeinsame Nenner der Normen in den einzelnen zugrunde liegenden Rechten). Wissenschaft und Rechtsprechung pflegen allerdings ihre schöpferische Rolle zurückhaltend auszudrücken (oder zu verdecken), indem sie etwa formulieren, der Rechtsgrundsatz werde wissenschaftlich “dargestellt” und gerichtlich “ausgesprochen” ». Il est vrai qu'évoquer la méthode inductive permet de se défendre (à première vue) d'une opinion arbitraire.

<sup>438</sup> Dans le même sens : K. RIESENHUBER, « Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht », JZ 2011, p. 544. Adde F. TERRÉ, « Les principes fondateurs du droit français des contrats », in *Principes fondateurs des droits français et russe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 331, qui relève une certaine méfiance face à une émancipation des esprits hors des cas particuliers par l'induction certes, mais au-delà de l'induction. Et l'auteur d'expliquer que ces esprits (méfiants) redoutent des retombées inattendues.

de bonnes bases pour un raisonnement par induction, tandis que celles qui ne le sont pas sont traitées comme des exceptions<sup>440</sup>. Au final, dans la première hypothèse, l'exercice produirait souvent des résultats peu significatifs – par exemple, a-t-on besoin de confirmer et de souligner que l'Union européenne reconnaît le principe de la liberté contractuelle ? – et dans le second cas, on devrait toujours se poser la question de savoir si le nouvel élément doit être réellement considéré comme une exception ou si le temps n'est pas venu de changer la tradition<sup>441</sup>. En d'autres termes, la tradition n'affranchirait pas le chercheur d'effectuer des choix en termes de valeur qu'implique toute généralisation des normes<sup>442</sup>. Or voilà, ce sont précisément de tels choix politico-juridiques que les auteurs du PCCR n'ont visiblement pas (pu ou voulu ?) opéré.

**182.** Un état de fait déploré également par le groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen : dans son manifeste<sup>443</sup>, celui-ci met en avant la nécessité de s'accorder sur les valeurs sur lesquelles devrait être fondé le marché. Il déplore que les travaux engagés par les groupes d'experts participent d'un paradigme technique et considère que ce qu'il manque avant tout, c'est une réflexion préalable à l'engagement de travaux d'unification ou de remise en ordre, à la fois sur la légitimité démocratique du processus décisionnel, et sur les valeurs qu'un droit privé de l'Europe serait appelé à poursuivre<sup>444</sup>. C'est dire que c'est à la lumière de ces valeurs fondamentales ou principes directeurs que les règles modèles devraient être élaborées, et non l'inverse<sup>445</sup>. L'entreprise regagnerait ainsi sa dimension symbolique et politique<sup>446</sup>. L'entreprise gagnerait aussi en cohérence : en effet, « (...) tout système

---

<sup>439</sup> Th. WILHELMSSON, « The Contract Law *Acquis* : Towards More Coherence Through Generalisation ? », art. préc.

<sup>440</sup> *Ibid.*

<sup>441</sup> *Ibid.*

<sup>442</sup> *Ibid.*

<sup>443</sup> « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005, p. 713 et s. La version originale du manifeste est en anglais : « Social Justice in European Contract Law : a Manifesto », *European Law Journal* 10 (2004), 653.

<sup>444</sup> G. CANIVET, H. MUIR WATT, « Européanisation du droit privé et justice sociale », ZEuP 2005, p. 518 (notons que la dernière fait partie du groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen).

<sup>445</sup> En ce sens également B. FAUVARQUE-COSSON, « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », RDC 2008, p. 532, qui prend appui sur le manifeste précité. Selon l'auteur, « En l'absence de principes directeurs commentés et expliqués, tout et son contraire pourra toujours être dit sur l'esprit du droit européen des contrats, qu'il s'agisse de l'acquis communautaire ou des règles modèles contenues dans le futur CCR ».

<sup>446</sup> On notera qu'un auteur a suggéré récemment l'idée d'élaborer des Principes directeurs pour le droit arabe, ce qui démontre bien le caractère politique et symbolique d'une telle démarche : v. R. KHORIATY, *Les principes*

de droit des contrats énonce un ensemble de valeurs qui s'efforce d'être cohérent, et qui traduit une éthique politique »<sup>447</sup>. Le droit européen des contrats n'échapperait pas à la règle.

Le manifeste ne manque pas de pointer les inconvénients et les risques liés à l'approche technocratique adoptée jusqu'ici : « à défaut d'un tel consensus [sur les valeurs fondamentales], les tentatives visant à imposer une certaine conformité par le droit ne parviendront qu'à une harmonisation superficielle et ne constitueront pas une mesure légitime d'intégration par la Communauté européenne »<sup>448</sup>. Il va sans dire que la recherche d'un consensus sur les valeurs fondamentales devant irriguer le droit (européen) des contrats et l'affirmation solennelle de ces valeurs prennent un relief particulier à l'échelle du droit privé européen : il y va de leur fonction unificatrice<sup>449</sup>. Un tel consensus apparaît particulièrement important au regard des notions juridiques indéterminées qui figurent dans les règles modèles si l'on veut éviter que les juges nationaux les interprètent conformément à leur propre tradition juridique. Ainsi qu'il a été souligné à juste titre, la doctrine a là un rôle important à jouer : s'il appartient aux décideurs politiques d'effectuer les choix en termes de valeurs et d'adopter ou non les modèles proposés par la doctrine, une fois les règles et concepts généraux adoptés, leur application demandera l'assistance de la doctrine qui servira de guide aux juges nationaux en vue de leur interprétation uniforme<sup>450</sup>.

**183.** A première vue, les PDEC semblent répondre davantage à cette demande : ils contiennent un premier chapitre intitulé « Dispositions générales » dans lequel sont énoncées un certain nombre de valeurs fondamentales (liberté

---

*directeurs du droit des contrats. Regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*, th. Paris II/St.-Joseph (Liban), préf. D. MAZEAUD, Aix-en-Provence, PUAM, 2014.

<sup>447</sup> « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005, p. 713 et s.

<sup>448</sup> V. manifeste préc.

<sup>449</sup> En ce sens également les « Observations de Mustapha MEKKI », in J. GHESTIN (dir.), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, PA 12 février 2009, p. 103 et s. (« leur fonction unificatrice suffit à en justifier la raison d'être ») ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113.

<sup>450</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « The Contribution of European Jurists in the Field of Contract Law », in 4<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 166 et s. (l'auteur va même plus loin en considérant qu'afin d'aboutir à une interprétation uniforme, il faudrait développer une méthode commune d'interprétation, c'est-à-dire des principes d'interprétation fédératifs). Rappr. F. RITTNER, « Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration », JZ 1995, p. 855.

contractuelle, bonne foi, devoir de collaboration<sup>451</sup>) ainsi que des règles relatives à l'application et l'interprétation des principes du droit européen du contrat<sup>452</sup>. Même certaines notions juridiques indéterminées utilisées par la suite, telle que celle du « caractère raisonnable » font l'objet d'une définition. Il n'empêche que les Principes Lando ont été critiqués eux aussi pour avoir élaboré des règles générales de droit des contrats sans avoir cherché à identifier les principes fondamentaux sous-jacents au droit des contrats, sans avoir ouvert de débat sur les implications politiques, économiques et sociales du droit des contrats et sans avoir clairement pris position sur la manière dont la protection de la partie faible doit prendre place dans ce tableau général<sup>453</sup>. On leur reproche d'avoir posé des principes généraux de façade, trop abstraits pour pouvoir être appliqués de façon uniforme<sup>454</sup>. La critique n'est pas dénuée de tout fondement : il n'y a qu'à constater à quel point les acceptions du principe de bonne foi, énoncé à l'article 1.201 PDEC, divergent au sein même des membres de la Commission Lando. Prenant acte des diverses critiques, Ole Lando n'en a pas moins trouvé une certaine forme d'auto-satisfaction. Ainsi qu'il le relève judicieusement, les PDEC ont été critiqués par une école de juristes pour être trop libéraux, pour ne pas fournir de justice sociale en droit des contrats<sup>455</sup>. Une autre école, libérale cette fois, a critiqué leur dirigisme, leur souci de justice contractuelle, qui viendrait limiter l'autonomie de la volonté qui favorise la productivité<sup>456</sup>. Ce qui l'amène à considérer que les PDEC semblent avoir trouvé, en définitive, un juste équilibre entre les deux écoles. Quoiqu'on en pense, il est certain que la Commission Lando a été davantage soucieuse de formuler la philosophie contractuelle sous-jacente aux PDEC que les auteurs du projet de cadre commun de référence.

---

<sup>451</sup> Comme l'a souligné O. LANDO (« La contribution française au droit européen du contrat », RDC 2009, p. 729 et s.), la sécurité contractuelle n'apparaît pas dans les « Dispositions générales » mais découle implicitement de plusieurs dispositions telles que l'art. 6.111 sur le changement de circonstances.

<sup>452</sup> Par contraste, le livre I du projet de cadre commun de référence, intitulé « Dispositions générales », a pu être qualifié de « familial », en ce qu'il se compose pour le moment de six articles uniquement dont aucun ne comporte l'esquisse d'un principe directeur : D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du droit du contrat, projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », RTD eur. 2008, p. 728.

<sup>453</sup> B. LURGER, « The "Social" Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>e</sup> éd., Kluwer Law International, Ars Aequi Libri, 2004, p. 292 et s.

<sup>454</sup> V. le « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005, p. 713 et s. qui conclut : « S'accorder sur de tels principes abstraits ne fait que retarder les problèmes d'harmonisation et ne les résout pas ».

<sup>455</sup> O. LANDO, « The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR) », ERCL 3/2007, p. 251. A l'origine de la critique, on trouve précisément le groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen.

<sup>456</sup> *Ibid.* Indépendamment de toute critique, certains auteurs ont considéré également après analyse que les PDEC avaient une veine plus sociale que la plupart des codes européens : v. M. W. HESSELINK, « The Principles of European Contract Law : Some Choices Made By The Lando Commission », in *The New European*

**184.** En soulignant l'importance de la question de la légitimité et celle des valeurs communes à l'échelle du droit privé européen, le groupe d'étude sur la justice sociale en droit privé européen livre en même temps les raisons qui pourraient venir expliquer les lacunes du PCCR en termes de choix politico-juridiques. Ainsi qu'il a été suggéré, si les rédacteurs du projet de cadre commun de référence ont omis de se prononcer sur la philosophie sous-jacente aux règles modèles, c'est peut-être parce qu'ils étaient conscients du manque de légitimité qu'ils avaient pour prendre de telles décisions politico-juridiques<sup>457</sup>. La distinction souvent soulignée par les rédacteurs du PCCR entre le « CCR politique » et le « CCR académique » pourrait aller en ce sens<sup>458</sup>.

L'absence d'une philosophie cohérente pourrait résulter également du fait que le PCCR repose sur plusieurs masses de textes différentes<sup>459</sup>. Certains ont fait remarquer par ailleurs que l'approche centrée sur les obligations abstraites plutôt que sur le contrat rendait les décisions de politique juridique moins transparentes<sup>460</sup>.

Enfin, et plus fondamentalement, on s'est demandé si l'absence d'une conception claire et cohérente de politique juridique ne résulterait pas tout simplement du fait qu'il n'existe pas, à l'heure actuelle, une telle conception en droit

*Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 124.

<sup>457</sup> N. JANSEN, « Doctrinal Definition, Policy, and Legitimacy : Some Critical Remarks on the Draft Common Frame of Reference », RDC 2009, p. 814 et s. Comme le souligne R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'eupéanisation du droit privé », RTD civ. 2007, p. 451 et s., le *Study Group on a European Civil Code* repose sur une initiative privée. A l'instar de la Commission Lando, il n'a aucun statut officiel et aucune forme de légitimité politique. Il constitue une forme spécifique de coopération universitaire internationale et peut être considéré comme la manifestation d'une eupéanisation de la science juridique. Comp. toutefois B. FAUVARQUE-COSSON, « The Contribution of European Jurists in the Field of Contract Law », in 4<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 166 (l'auteur estime que la critique du manque de légitimité est quelque peu exagérée, dans la mesure où la doctrine est évidemment dans son rôle pour proposer (simplement) un modèle qui sera soumis ensuite aux autorités compétentes). La remarque rejoint l'analyse de G. WAGNER, « Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen », ZEuP 2007, p. 187 et s., qui souligne qu'il n'existe aucune codification de droit privé qui aurait été élaborée par le système politique. A ce titre, il relève que même le Code civil français, la plus politique des codifications de droit privé, n'a pas été conçu par les décideurs politiques mais par un groupe de quatre experts en droit. C'est dire que toute réforme de grande ampleur ou tout projet de codification sur le terrain du droit privé passe nécessairement par une commission d'experts.

<sup>458</sup> Notons que l'idée que la doctrine puisse faire abstraction de considérations politico-juridiques est critiquée par certains : v. par ex. N. JANSEN, art. préc. Selon l'auteur, si la doctrine (privatiste) était réellement indépendante de considérations politico-juridiques, elle serait sans valeurs.

<sup>459</sup> N. JANSEN, art. préc.

<sup>460</sup> R. SCHULZE, Th. WILHELMSSON, « From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules », ERCL 2/2008, p. 161. De même, D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du droit du contrat, projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », RTD eur. 2008, p. 728.

privé européen<sup>461</sup>. C'est pointer du doigt ici qu'il n'existe pas encore, en droit privé européen, un discours commun (*common legal discourse*), à l'instar des droits internes, faute de culture juridique commune. Certes, fait-on remarquer, il existe un discours abstrait sur la politique juridique de droit privé et sur la justice sociale mais ces idées générales sont difficiles à traduire dans des décisions plus spécifiques<sup>462</sup>. C'est dire qu'il ne peut y avoir de politique juridique commune (*common legal policy*) sans communauté juridique (*legal community*)<sup>463</sup>. Il nous semble néanmoins que cette culture juridique commune soit en bonne marche et que la remarque mérite d'être nuancée.

**185.** Quoi qu'on en pense, l'absence d'un consensus sur les valeurs devant irriguer le droit européen des contrats transparait bien au niveau de la technique juridique : l'utilisation fréquente de notions juridiques indéterminées ou de clauses générales dans le corpus des règles modèles ou encore l'affirmation d'un principe aussitôt flanqué de multiples exceptions peuvent être analysées comme des moyens de parvenir à un consensus (superficiel) tout en esquivant ou en mettant de côté les questions controversées de politique juridique<sup>464</sup>. Comme l'a avoué Michael Joachim Bonell à propos de la CVIM, l'utilisation d'un langage vague et ambigu masque bien souvent l'absence d'un réel consensus sur la question<sup>465</sup>. On touche là la seconde critique formulée par une partie de la doctrine allemande à l'égard du PCCR.

---

<sup>461</sup> N. JANSEN, art. préc.

<sup>462</sup> *Ibid.* V. également le « Manifeste pour une justice sociale en droit européen des contrats », RTD civ. 2005, p. 713 et s.

<sup>463</sup> N. JANSEN, art. préc.

<sup>464</sup> N. JANSEN, *ibid.* De même, en droit interne, on a pu relever que les notions-cadre permettaient de résoudre des antagonismes au sein du Parlement : Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985, p. 39.

<sup>465</sup> M. J. BONELL, « European Contract Law and the Development of Contract Law Worldwide », in *4<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 88. En ce sens déjà : A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », RIDC 1970, p. 251-254 (il exprime ainsi son sentiment : l'emploi des standards facilite un accord, mais ils procurent une moindre unification réelle, au point de dire que dans le domaine du droit privé, le standard ne serait qu'un pis-aller). Les idées qu'exprime ce dernier auteur dans la RIDC constituent la reprise de son rapport présenté à l'occasion du centenaire de la Société de législation comparée (1969) : v. *Livre du centenaire de la Société de législation comparée, vol. II*, Paris, LGDJ, 1971, p. 112. Dans son rapport, TUNC avait fait observer en outre : « Eventuellement, un standard peut cacher un désaccord grave et, au fond, une quasi-impossibilité, à l'heure actuelle, d'aboutir à une unification » (*op. cit.*, p. 114).

## ***B. L'ABONDANCE DES NOTIONS INDÉTERMINÉES ET LA CRAINTE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE***

**186.** De nombreux civilistes allemands dénoncent un usage fréquent et excessif de clauses générales et de notions juridiques indéterminées dans le PCCR, en tête desquelles on trouve le terme « raisonnable »<sup>466</sup>. Cela est jugé particulièrement regrettable et dangereux, dans la mesure où les rédacteurs avaient prétendu opérer une « dissolution de la pluralité d'objectifs et de principes » au niveau des règles modèles précisément<sup>467</sup>. Autrement dit, à défaut d'établir un catalogue de « principes directeurs » digne de ce nom, apte à servir de directive d'interprétation des règles modèles subséquentes, les rédacteurs avaient laissé entendre que les choix cruciaux se dégageraient des règles modèles elles-mêmes. Or, en faisant un usage massif de notions indéterminées, les règles modèles reportent sur l'utilisateur le soin de résoudre les conflits en termes de valeurs et de principes fondamentaux. En effet, la signification de « fair dealing », « raisonnable » ou « good faith » au cas d'espèce dépend étroitement des principes ou valeurs fondamentales sous-jacentes, de leur poids et de leur interaction. C'est dire que le juge est privé ou libéré d'un cadre référentiel, perçu communément comme une garantie d'objectivité. On comprend alors que l'on s'inquiète du pouvoir discrétionnaire (et même politique) du juge à ce niveau puisque c'est lui, en définitive qui opérera les choix<sup>468</sup>.

Mais il y a davantage. Force est de constater que les auteurs allemands font souvent référence à la notion de pouvoir discrétionnaire du juge en lien avec les notions-cadre dès lors que leur étude dépasse le cadre national. Le discours relatif aux notions juridiques indéterminées diffère donc selon qu'on se place au niveau interne ou au niveau du droit privé européen : en droit interne, le concept des notions juridiques indéterminées fait figure antinomique au pouvoir discrétionnaire ; à

---

<sup>466</sup> De même, on a pu relever qu'un article sur trois environ des Principes du droit européen des contrats contient au moins une fois le mot « raisonnable » ou ses dérivés « déraisonnable » ou « raisonnablement » : L. DUONG, « Le raisonnable dans les Principes du droit européen des contrats », RIDC 2008, p. 701.

<sup>467</sup> V. les références citées par H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », RTD eur. 2008, p. 775, note 63.

<sup>468</sup> Les arguments des auteurs du PCCR pour contrer ce grief sont d'ailleurs très faibles puisqu'ils se résument à expliquer le nombre élevé des notions indéterminées par l'usage de la langue anglaise et à rappeler que l'instrument présenté n'est qu'un projet académique et que les questions laissées (intentionnellement) ouvertes devront être résolues par les instances politiques (fameuse distinction entre le CCR politique et le CCR académique) : v. H. SCHULTE-NÖLKE, « Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer », NJW 2009, p. 2166.

l'opposé, à l'échelle du droit privé européen, les notions juridiques indéterminées et les clauses générales sont présentées comme vecteurs d'un pouvoir discrétionnaire, voire arbitraire du juge. Comment expliquer cette différence de discours ? L'emploi de la notion de pouvoir discrétionnaire est-il une simple commodité de langage (1) ou a-t-il une raison plus profonde (2) ?

### *1. Une simple commodité de langage ?*

**187.** En premier lieu, on peut se demander si la qualification du pouvoir du juge de « discrétionnaire » lorsqu'il est question des projets européens d'harmonisation du droit des contrats n'est pas simplement une commodité de langage, due à l'utilisation du vocabulaire anglais « Judicial discretion ». On sait que les travaux d'uniformisation du droit européen des contrats jusqu'à présent menés se sont déroulés principalement, voire exclusivement en anglais, cette langue *de facto* promue « langue juridique commune en Europe »<sup>469</sup>. On l'explique notamment par le fait qu'elle est la langue véhiculaire au niveau international et présente l'avantage d'être très peu conceptuelle, étant d'abord une langue de praticiens<sup>470</sup>. Cela pourrait expliquer pourquoi la plupart des écrits rédigés en langue anglaise par les auteurs allemands en rapport avec la problématique des clauses générales et des notions juridiques indéterminées font usage de l'expression « pouvoir discrétionnaire » (*Judicial discretion*)<sup>471</sup> alors que dans les écrits en langue allemande, le vocable « richterliches Ermessen » est très rarement utilisé<sup>472</sup>.

**188.** On sait que la « texture ouverte du droit » est traditionnellement associée au pouvoir discrétionnaire du juge dans la tradition juridique de *common law*, suite à

---

<sup>469</sup> Sur cet aspect, v. H. CLARET, « Questions linguistiques autour d'un instrument européen en droit des contrats », RLDC 2011/84, n° 4326, p. 73 (Dossier : Vers un droit européen des contrats ? Réponse au Livre vert de la Commission européenne) et les nombreuses références citées.

<sup>470</sup> H. CLARET, art. préc.

<sup>471</sup> V. par ex. N. JANSEN, « Doctrinal Definition, Policy, and Legitimacy : Some Critical Remarks on the Draft Common Frame of Reference », RDC 2009, p. 814 et s. ; M. AUER, « The Structure of Good Faith. A Comparative Study of Good Faith Arguments », Online Publication in Social Science Research Network ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=945594](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=945594)).

<sup>472</sup> Dans l'article de fond rédigé en commun par plusieurs grands civilistes et comparatistes allemands en langue allemande (« Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme –», préc.), et dont certaines idées forces sont reprises dans l'intervention de N. JANSEN faite en anglais (« Doctrinal Definition, Policy, and Legitimacy : Some Critical Remarks on the Draft Common Frame of Reference », préc.), il est question du pouvoir du juge (« Richtermacht ») qui est en soi déjà un terme fort et non de « richterliches Ermessen » (pouvoir discrétionnaire du juge). Le choix du premier s'explique peut-



Hart<sup>473</sup>. Sans pouvoir entrer dans le détail de son analyse, rappelons que Hart présente une image du droit comme étant partiellement indéterminé et incomplet qui conduit le juge à combler les lacunes en exerçant un pouvoir discrétionnaire limité de création du droit<sup>474</sup>. L'emploi de la notion de « pouvoir discrétionnaire » (*Judicial discretion*) semble bien s'accorder avec l'idée, défendue par l'auteur, qu'en présence de directives très générales, le juge doit émettre une appréciation et qu'« il est absolument impossible de traiter la question que soulèvent les différentes situations comme s'il y avait une réponse correcte unique à trouver, en dehors d'un compromis raisonnable entre de nombreux intérêts qui entrent en conflit ». Comme il a pu être relevé, tous les théoriciens anglo-saxons mettent l'idée de « choix » au cœur de la notion de « pouvoir discrétionnaire »<sup>475</sup>.

**189.** L'usage du terme anglais « discretion » par la doctrine allemande se comprend aisément au regard du dialogue nécessaire entre privatistes européens. Les juristes de tous horizons utilisent ce terme dans leurs communications en vue de décrire l'étendue des pouvoirs du juge. Le Néerlandais Arthur Hartkamp, par exemple, l'a utilisé pour décrire la part faite au juge dans le nouveau Code civil néerlandais de 1992<sup>476</sup>. Là aussi, le terme est étroitement associé aux multiples clauses générales du code, et plus largement au droit jurisprudentiel. L'auteur concluait son analyse en indiquant que le pouvoir discrétionnaire comporte deux aspects : d'une part, les juges sont libres de développer le droit lorsque ses dispositions sont silencieuses (il donne comme exemple la clause générale du droit délictuel et les dispositions relatives à la bonne foi dans sa fonction supplétive) ; d'autre part, les juges ont le pouvoir de déroger aux règles spécifiques du code ou du contrat pour éviter un résultat injuste dans les circonstances spécifiques du cas

---

être par la volonté des auteurs de montrer la dimension politique que revêt l'utilisation massive de notions indéterminées et de clauses générales au niveau européen.

<sup>473</sup> V. G. H. TREITEL, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1981, p. 9 et s. L'auteur constatait une montée en puissance du pouvoir discrétionnaire en *common law*, due essentiellement à l'usage de règles composées de termes à texture ouverte. Adde S. WHITTAKER, « Theory and Practice of the "General Clause" in English Law : General Norms and the Structuring of Judicial Discretion », in S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 57 et s.

<sup>474</sup> H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 150 et s., 290.

<sup>475</sup> E. BREEN, « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », RFDA 2003, p. 1159 et s.

<sup>476</sup> A. HARTKAMP, « Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands », 40 *American Journal of Comparative Law* 1992, p. 551 et s.

d'espèce (il donne comme exemple la règle relative à l'abus de droit)<sup>477</sup>. La dernière hypothèse évoquée désigne ce qu'on appelle communément « pouvoir modérateur » du juge en droit français ou l'« équité individuelle ».

**190.** On voit ici que l'inconvénient d'un concept qui recouvre autant de réalités diverses est qu'il perd en précision. Par ailleurs, l'utilisation d'un langage commun dissimule parfois des désaccords sur le fond, comme le montre cette étude franco-allemande.

L'utilisation du concept anglais « Judicial discretion » par la doctrine allemande vient en tout cas relativiser quelque peu le dualisme professé en droit interne. En effet, si les termes « Beurteilungsspielraum » (échelle nationale) et « Ermessen » (« discretion », échelle supra-nationale) sont si facilement interchangeables, la critique du doctrinarisme pourrait trouver là une nouvelle assise.

## *2. Des raisons plus profondes*

**191.** Plus fondamentalement, il semble que si les auteurs allemands redoutent une augmentation des pouvoirs du juge (*Richtermacht*) à l'échelle du droit privé européen, c'est parce qu'ils comparent la texture des projets européens à leur modèle de référence qui est le BGB.

**192.** *A priori*, la crainte éprouvée à l'égard des clauses générales et notions juridiques indéterminées peut surprendre tant ces deux techniques constituent, nous l'avons vu, une spécificité du droit civil allemand. Pour les auteurs allemands toutefois, ce n'est pas la même chose d'avoir des noyaux réglementaires relativement déterminés et composés de dispositions particulières concrètes, dont les résultats peuvent être ensuite corrigés au moyen des clauses générales dans des cas exceptionnels [logique du BGB], ou d'intégrer – comme le PCCR – des notions juridiques indéterminées dans les réglementations particulières en y ajoutant encore des clauses générales<sup>478</sup>. La remarque est importante en ce qu'elle vient souligner une

---

<sup>477</sup> A. HARTKAMP, art. préc., p. 568.

<sup>478</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de

spécificité du style législatif allemand, qui n'est pas sans incidence sur l'étendue des pouvoirs du juge, et qui est parfois méconnue ou sous-estimée par les juristes français.

En effet, en France, on sous-estime bien souvent l'attachement des juristes allemands (y compris des juges) aux textes de loi, dont on sait le caractère plus détaillé que les textes français. Avant la réforme du droit allemand des obligations, le BGB ne contenait que peu de notions juridiques indéterminées. Lors de l'élaboration du BGB, le législateur allemand a opté pour une formulation technique et claire, sans laquelle, dit-on, on n'aurait guère pu faire disparaître le morcèlement du droit qui y régnait auparavant<sup>479</sup>. Corrélativement, le pouvoir du juge d'apprécier les conditions d'application (présupposé) ou les effets (ou conséquences juridiques) d'une règle juridique se voyait limité à un strict minimum. Les hésitations qu'ont pu avoir les rédacteurs du BGB à insérer des textes d'une facture plus générale, à l'image du droit français, témoignent d'une réticence générale à conférer au juge un trop large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre de la règle juridique. Dans ce corpus de règles précisément formulées, et ne laissant que peu de marge d'appréciation au juge, les clauses générales ont servi précisément d'instrument de flexibilité et de correction du droit. Elles étaient les seuls éléments de souplesse au sein d'un système strictement encadré et réglementé<sup>480</sup>.

A l'inverse, le Code civil français énonce dès le départ un grand nombre de maximes générales qui renvoient par exemple à l'« ordre public » (art. 6, 1133 C. civ.), aux « bonnes mœurs » (art. 6, 1133, 1172 C. civ.), à l'« utilité commune » (art. 1137 C. civ.), à la « bonne foi » (art. 1134 al. 3 C. civ.), aux « usages » (art. 1135 C.

---

codification », RTD eur. 2008, p. 780. On reproduira la formulation originale qui est plus claire : « Es macht jedoch einen Unterschied, ob man relativ bestimmte Regelwerke aus konkreten Einzelbestimmungen hat, deren Ergebnisse dann auf der Ebene von Generalklauseln in Ausnahmefällen korrigiert werden können, oder ob man – wie der DCFR – die unbestimmten Rechtsbegriffe in die Einzelregelungen integriert und dem zusätzlich noch Generalklauseln zur Seite stellt » : JZ 2008, p. 537.

<sup>479</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », RTD eur. 2008, p. 779.

<sup>480</sup> Sur les spécificités respectives des techniques législatives allemande et française et le rôle différent joué par les clauses générales, on se reportera à la remarquable analyse de P. JUNG, « Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 44 et s. (« Das technische Räderwerk des BGB wurde daher vor allem über einige wenige zentrale "Schmierstellen", die Generalklauseln, gängig gehalten »).

civ.), à l' « équité » (art. 1135 C. civ.)<sup>481</sup>, et dont on a vu que certaines avaient servi de modèle au législateur allemand. En outre, il contient un grand nombre de notions (ou concepts) juridiques indéterminées, comme la cause (art. 1131, 1133 C. civ.), la prévisibilité (art. 1150 C. civ.), l'excès (art. 1152 al. 2 C. civ.), ou le standard du « bon père de famille » (art. 1137 al. 1 C. civ.)<sup>482</sup>. S'ajoutent des règles de délai (art. 1648 C. civ.) et d'exigibilité (art. 1244-1 C. civ.) indéterminées, qui font toute la spécificité du droit français d'un point de vue étranger<sup>483</sup>. Si le droit français confère ainsi un pouvoir d'appréciation étendu au juge, il reste que les « clauses générales » ou « maximes générales » énoncées ci-dessus n'ont pas la même portée en France qu'en Allemagne. Comme l'a subtilement analysé un auteur, cette différence de technique législative entre le BGB et le Code civil a des incidences sur le fond : la dissémination de notions vagues et de maximes générales dans les diverses dispositions du Code civil réduit en même temps leur « champ d'irradiation » et leur impact<sup>484</sup>. Généralement, l'endroit où elles sont codifiées constitue le seul domaine où elles sont appliquées, où elles exercent donc une influence et confèrent un large pouvoir d'appréciation au juge. Ce qui reflète au demeurant la posture du droit français, décrite comme « hostile aux textes généraux consacrant des principes dominant tout le code »<sup>485</sup>. Autrement dit, les « clauses générales » du Code civil n'ont *a priori* aucune fonction corrective de plus grande ampleur<sup>486</sup>.

**193.** Or, c'est précisément la conjonction de notions juridiques indéterminées et de clauses générales dotées d'une telle fonction correctrice que redoutent certains auteurs allemands dans le projet de cadre commun de référence. Et, de façon globale, il va sans dire que le manque de coordination des diverses valeurs prônées dans l'introduction, combiné avec le caractère vague des règles juridiques établies, conduit à déléguer aux juges la résolution des questions de politique juridique. D'où la revendication que le PCCR fixe des solutions aussi précises que possible et

---

<sup>481</sup> P. JUNG, *op. cit.*

<sup>482</sup> *Ibid.*

<sup>483</sup> *Ibid.*

<sup>484</sup> P. JUNG, *op. cit.*, p. 45.

<sup>485</sup> L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », in *Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 192.

<sup>486</sup> P. JUNG, *ibid.* (raisonne à partir de la clause générale de la bonne foi).

systematiquement convaincantes<sup>487</sup>. Faute de quoi le PCCR se réduirait en un droit jurisprudentiel disparate, au lieu d'en fixer le contenu. Selon les auteurs, la formulation de règles précises serait particulièrement nécessaire à l'échelle internationale afin d'éviter des divergences d'interprétation entre les juges nationaux<sup>488</sup>.

A première vue, ce plaidoyer de la part d'une partie de la doctrine allemande en faveur de règles plus précises tranche avec la critique dont fait l'objet par ailleurs le PCCR de la part de juristes essentiellement français et anglais. De ce côté, on revendique à l'inverse des textes qui ne soient pas trop détaillés<sup>489</sup>. Le PCCR est critiqué pour son caractère parfois excessivement réglementaire<sup>490</sup>, Ole Lando l'a lui-même qualifié de « colosse que l'Europe ne peut pas digérer »<sup>491</sup>. D'aucuns le jugent trop inspiré par la pensée juridique allemande<sup>492</sup>.

A vrai dire, la dernière critique vise essentiellement la structure (ou le plan) retenue par l'instrument, laquelle est centrée autour de la figure juridique de l'obligation et non celle du contrat<sup>493</sup>. Le champ d'application matériel très vaste couvert par le PCCR (qui dépasse le droit des contrats) ne fait que renforcer cette

---

<sup>487</sup> H. EIDENMÜLLER, F. FAUST, H. C. GRIGOLEIT, N. JANSEN, G. WAGNER, R. ZIMMERMANN, « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », RTD eur. 2008, p. 779.

<sup>488</sup> Notons que telle était précisément l'une des principales préoccupations de l'Académie des privatistes européens (Pavie) dans l'élaboration de son Code européen des contrats : « The drafters of the code strove to write very precise rules in order to avoid, insofar as possible, any differences in the interpretation of the texts by national judges » (v. les références citées par B. FAUVARQUE-COSSON, « The Contribution of European Jurists in the Field of Contract Law », in *4<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 160). V. en ce sens également R. SACCO, « Les problèmes d'uniformisation du droit », in L. VOGEL (dir.), *Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible*, éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 9. L'auteur, dans sa conclusion, souligne les recommandations que l'on pourrait adresser au législateur uniforme : en particulier, « il devra réduire au minimum le jeu des normes élastiques de nature à susciter des applications divergentes dans les différents pays ».

<sup>489</sup> V. les avis contrastés et souvent critiques exprimés à l'encontre du PCCR à la conférence de Stockholm (22 et 23 octobre 2009), et retranscrits par B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », RDC 2010, p. 316 et s.

<sup>490</sup> M. J. BONELL, « European Contract Law and the Development of Contract Law Worldwide », in *4<sup>e</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 96 (« Some parts may appear excessively regulatory (...) »).

<sup>491</sup> V. la retranscription de B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », RDC 2010, p. 316 et s. Dans son article « La contribution française au droit européen du contrat », RDC 2009, p. 729, LANDO qualifie également le PCCR de « mammoth ».

<sup>492</sup> V. les retranscriptions du débat sur le PCCR tenu à la conférence de Stockholm préc. : B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », RDC 2010, p. 316 et s.

<sup>493</sup> Est exemplaire la critique formulée par O. LANDO, « The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR) », ERCL 3/2007, p. 250 : « The lawyer who is not familiar with the stringent and incomprehensible logic of the CFR, a logic borrowed from the German Civil Code, will wonder why he must look for provisions that mostly apply to contracts, in a Book that has merged contracts with other obligations ». Notons que la structure « germanique » du PCCR est controversée en Allemagne également et trouve, là-aussi, ses détracteurs : v. par ex. R. SCHULZE, Th. WILHELMSSON, « From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules », ERCL 2/2008, p. 154 et s.

impression de surproduction normative. Si le caractère (trop) détaillé des règles du PCCR est attribué par certains à l'influence de la technique législative allemande, d'autres l'expliquent également par l'intégration, dans l'instrument, de l'« acquis communautaire ». Ce dernier se composant de textes souvent détaillés, précis, parfois contradictoires et incohérents, l'introduire dans le PCCR conduirait immanquablement à élaborer des textes détaillés<sup>494</sup>. Une raison pour laquelle une partie de la doctrine française est réticente à intégrer l'« acquis communautaire » dans le PCCR : « trop de détails, trop de textes tuent l'accès au droit et nuisent à la fonction de modèle »<sup>495</sup>. On retrouve là l'éternelle question de la forme que doit prendre le droit européen des contrats.

Reste que si le Code civil français et le BGB s'opposent sur ce point, la consécration de maximes plus générales en France ne signifie nullement un sacrifice en termes de précision : le métier du législateur est de donner des ordres généraux, mais des ordres précis, concrets<sup>496</sup>. En effet, on considère généralement que ces ordres, destinés à régir les rapports entre les individus, doivent être aussi simples, aussi concrets que possible, leur texte doit être facilement compris de ceux à qui ils s'adressent, ils doivent indiquer avec précision ce qu'il faut faire ou ne pas faire, mais sans essayer d'expliquer, de justifier la règle, sans même essayer de se présenter selon un plan parfaitement logique ou didactique<sup>497</sup>. La majorité de la doctrine française se rallie ici à la pensée de Paul Roubier suivant laquelle la technique législative aurait deux missions essentielles : assurer une adaptation aussi parfaite que possible de la règle aux fins politiques qu'elle doit servir et, d'autre part, garantir la

---

<sup>494</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence », RTD eur. 2008, p. 704 et s.

<sup>495</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *op. cit.* L'auteur explique que c'est la raison pour laquelle le groupe français ayant été chargé d'évaluer le PCCR et ayant formulé de nouvelles propositions n'a pas intégré l'acquis communautaire en tant que tel dans ses travaux. Celui-ci n'a fait que nourrir la démarche comparative qui a constamment alimenté ces travaux (v. spéc. p. 698). V. du même avis : D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du droit du contrat, projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », RTD eur. 2008, p. 726. A l'inverse, la doctrine allemande est plutôt favorable à l'adoption d'un seul instrument couvrant à la fois les relations entre professionnels et consommateurs (B2C) et les relations entre professionnels (B2B) : v. la position exprimée par le Max Planck Institute for Comparative and International Private Law intitulée « Policy Options for Progress Towards a European Contract Law. Comments on the issues raised in the Green Paper from the Commission of 1 July 2010, COM (2010) 348 final », p. 47 et s. (publiée également dans la revue *RabelsZ* 2011, p. 371 et s.).

<sup>496</sup> L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », in *Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 187.

<sup>497</sup> L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *op. cit.*, p. 183. Plus récemment, F. TERRÉ a mentionné la création de commissions de terminologie dans les ministères, notamment à la chancellerie. Il juge leur travail difficile, pour deux raisons. « D'abord, parce qu'il s'agit de rendre le *droit plus accessible* au commun des mortels, en demeurant rigoureusement fidèle au sens des règles et des solutions en cause ; ensuite, parce qu'en s'employant, dans le choix des mots et des définitions qui les accompagnent, à *être à la fois précis et concis* » : v. « Les mots et le droit », D. 2011, p. 152 (nous soulignons).

sécurité des résultats de telle manière que chacun puisse prévoir ces résultats et compter sur eux<sup>498</sup>.

C'est ce qui explique pourquoi les auteurs français et allemands peuvent se rejoindre pour critiquer l'usage de notions juridiques indéterminées<sup>499</sup>, aussi bien en droit interne qu'au niveau supra-national, en raison du large pouvoir d'appréciation qu'elles confèrent au juge, bien qu'ils puissent s'opposer par ailleurs sur le degré de précision ou de détails que les règles doivent revêtir ou sur le style linguistique<sup>500</sup>.

**194.** En somme et pour résumer, au niveau supra-national, le « dualisme » allemand a du mal à s'imposer et semble peu défendable pour le moment. En effet, le concept allemand des notions juridiques indéterminées ne pouvant aboutir qu'à une seule solution juridiquement correcte repose sur le postulat de l'« unité du droit », et plus particulièrement sur celui de l'« unité de valeurs » (*Wertungseinheit*) (l'esprit unitaire) du droit privé. Or, à l'échelle du droit privé européen, et plus concrètement en matière de droit européen des contrats, on trouve au contraire une pluralité de valeurs, c'est-à-dire l'absence d'une philosophie contractuelle définie. Dans ce contexte où le juge est privé de tout critère de jugement, on est forcé de lui concéder un véritable pouvoir discrétionnaire de création dans le silence ou l'indétermination de la loi<sup>501</sup>. Il n'est pas sûr que les enseignements allemands puissent s'imposer encore à l'avenir, dans la mesure où le dogmatisme dans la pensée juridique bat en retraite, ce dont attestent remarquablement les PDEC. Jusqu'ici, les faiblesses du concept allemand de notion juridique indéterminée ont été envisagées principalement sous un angle abstrait. Il convient à présent de soumettre le « dualisme » à un test pratique. C'est ici que se fera sentir avec le plus d'acuité son « doctrinarisme ».

<sup>498</sup> P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, p. 76 et s. (cité d'après R. HOUIN, « De lege feranda », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 285).

<sup>499</sup> Pour une critique en droit français : v. Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985, p. 313. L'auteur conclut que « la loi lui [au juge] fournit le cadre général lui permettant de combler, avec une certaine sécurité, le vide normatif. En augmentant inconsiderablement les notions-cadres, le juge perdrait ses repères légaux et se laisserait porter par son impressionnisme. Les notions-cadres doivent demeurer un droit d'exception ».

<sup>500</sup> On sait que, contrairement au style législatif français, la langue de la législation allemande est une langue technique (« Fachsprache ») qui s'adresse aux spécialistes du droit et non aux citoyens. Les PDEC suivent pour leur part l'exemple français. Ainsi que l'a énoncé Ole LANDO, « Efforts were made to make the language and the structure of PECL easily accessible to lawyers and laymen. As the drafters of the Code Civil of 1804, the Swiss Civil Code of 1907 and CISG, we believed that it is a human right to have codes and statutes that the interested citizen can understand » : « Which contract Law for Europe and for the World », *Débats : Quel droit européen des contrats pour l'Union européenne*, RDC 2009, p. 768 et s.

<sup>501</sup> Rapp. F. BAUR, « Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. Ein Beitrag zum Wandel des Richteramts », JZ 1957, p. 196 : « (...) Versagt der Gesetzgeber dem Richter feste, im Gesetz gegebene Wertmaßstäbe, so hat dieser notgedrungen seinen eigenen zu folgen ».

## SECTION II - LA CRITIQUE DU « DUALISME » AU PLAN PRATIQUE

**195.** Le pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale, reconnu à la fois en droits français et allemand ainsi que dans les PDEC, constitue un bon exemple des difficultés éprouvées, en pratique, à dissocier concrétisation des notions juridiques indéterminées d'une part et pouvoir discrétionnaire d'autre part. L'exemple est particulièrement intéressant, en ce qu'il démontre les difficultés spécifiques qu'il y a à distinguer le pouvoir discrétionnaire de la concrétisation d'une *notion juridique indéterminée se trouvant du côté de l'effet juridique de la norme*. Rappelons que le pouvoir discrétionnaire est lié en droit allemand à la structure de la règle juridique puisqu'il est censé n'exister que du côté de l'effet juridique. Par suite, il est généralement défini comme la faculté conférée au juge de choisir librement la conséquence juridique. Dès lors, la présence de notions-cadre du côté de l'effet juridique ajoute une difficulté supplémentaire à la mise en œuvre du « dualisme » en pratique.

**196.** Bien qu'en pure théorie, la technique des notions-cadre concerne avant tout le présupposé de la norme, les dispositions relatives au pouvoir judiciaire de réduction des clauses pénales montre que celle-ci peut toucher les deux versants de la norme juridique<sup>502</sup>.

Dans les trois systèmes respectifs, la norme consacrant ce pouvoir contient une ou plusieurs notions-cadre. En droit français, le législateur a utilisé une notion-cadre du côté du présupposé de la norme : le pouvoir de modération est conditionné par l'existence d'une peine « manifestement excessive » (v. l'art. 1152 al. 2 C. civ.). Il en va de même en droit allemand (*unverhältnismäßig hohe Strafe*, v. le § 343 al. 1 BGB) et dans les PDEC (« somme manifestement excessive », v. l'art. 9.509 (2)). A la différence du droit français, les dispositions allemande et européenne contiennent en

---

<sup>502</sup> K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 3<sup>e</sup> éd., Stuttgart, Kohlhammer, 1964, p. 109 : « Unbestimmte Begriffe können aber innerhalb der Rechtssätze nicht nur im sog. "Tatbestand" vorkommen, sondern auch innerhalb der "Rechtsfolge" » ; B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 117 ; A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 171 : « Normative Unbestimmtheit kann sowohl Bestandteil des Tatbestands als auch ein Element der Rechtsfolgenanordnung eines Rechtssatzes sein ».



outre une notion-cadre du côté de l'effet juridique. En substance, elles indiquent que la peine manifestement excessive peut être réduite à un montant « raisonnable ».

Suivant la distinction effectuée par la doctrine dominante allemande entre le pouvoir discrétionnaire entendu comme la faculté accordée au juge de choisir entre plusieurs solutions juridiques, d'une part, et la notion juridique indéterminée nécessitant une concrétisation judiciaire, d'autre part, celle-ci ne pouvant aboutir qu'à une seule solution juste, on devrait logiquement considérer que le juge ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire en matière de réduction de clause pénale. La présence du terme « raisonnable » laisse à penser qu'il s'agit là d'une notion juridique indéterminée et non d'une notion invitant le juge à exercer un pouvoir discrétionnaire. C'est bien ce qu'enseigne une doctrine minoritaire<sup>503</sup>. La doctrine dominante quant à elle, la jurisprudence incluse, qualifie résolument le pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale de « discrétionnaire ». Les PDEC viennent conforter cette analyse<sup>504</sup>. Les juristes français ne viendraient certainement pas les contredire.

La qualification des pouvoirs du juge en matière de révision des clauses pénales excessives illustre bien l'essoufflement de la distinction entre notion juridique indéterminée et pouvoir discrétionnaire sur le terrain des faits. Reste à déterminer où le caractère discrétionnaire du pouvoir du juge se manifeste véritablement. On envisagera donc successivement les conditions légales du pouvoir de réduction judiciaire (§ 1), le fait de savoir s'il revêt un caractère facultatif ou non (§ 2) ainsi que la mesure du pouvoir de réduction (§ 3).

---

<sup>503</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 308 ; R. STOFFEL, *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensentscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971, p. 95 et s.

<sup>504</sup> On notera que le texte lui-même ne fait pas mention d'un pouvoir discrétionnaire du juge. Ce n'est qu'à la lecture de la vue d'ensemble des chapitres 1 à 17 que l'on trouve de façon presque inaperçue la mention du « pouvoir discrétionnaire du juge de réduire les pénalités manifestement excessives » : v. Principes du droit européen du contrat, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003, p. 27 (nous soulignons). La version allemande des Principes du droit européen du contrat ne contient d'ailleurs pas cette vue d'ensemble et par voie de conséquence ne porte aucune mention d'un éventuel pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*).

## **§ 1. CONDITIONS LÉGALES DU POUVOIR DE RÉDUCTION DE LA CLAUSE PÉNALE**

**197.** Pour les besoins de la démonstration, rappelons la teneur des trois dispositions en question.

L'article 1152 al. 2 C. civ. dispose que « (...) le juge peut, même d'office, modérer (...) la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive (...) ».

Le § 343 al. 1 BGB énonce pour sa part que « Si la pénalité encourue est élevée de manière disproportionnée, elle peut, sur requête du débiteur, être réduite par jugement à un montant convenable. Dans l'appréciation de ce qui est convenable, il est tenu compte de tout intérêt légitime du créancier et non seulement de son intérêt patrimonial (...) ».

L'article 9.509 al. 2 PDEC prévoit quant à lui que « (...) la somme peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice résultant de l'inexécution et autres circonstances ».

Partout, l'intervention du juge est conditionnée par la présence d'une pénalité contractuelle « manifestement excessive ». Conformément à la méthodologie juridique allemande, on devrait considérer que le juge a affaire ici à une notion juridique indéterminée qui lui confère non pas un pouvoir discrétionnaire mais une « marge d'appréciation » plus importante. Rappelons que la doctrine allemande dominante rejette l'idée d'un pouvoir discrétionnaire du juge du côté du présupposé de la norme.

Il est donc étonnant de voir l'un des commentaires les plus complets sur la question qualifier le pouvoir du juge allemand de discrétionnaire sur ce point<sup>505</sup>. On peut y lire que c'est en vertu d'une décision personnelle et discrétionnaire que le juge détermine si une peine lui paraît manifestement excessive et doit donc être réduite<sup>506</sup>. Non pas que l'auteur de l'analyse ait fait fi du « dualisme ». Bien au contraire,

---

<sup>505</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 73.

l'auteur relève qu'à strictement parler, il s'agirait là non pas d'une décision discrétionnaire, mais d'une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*) relative à la notion indéterminée du « caractère convenable (de la peine) ». Pour en conclure toutefois : « à vrai dire, cela revient au même »<sup>507</sup> ! Le constat démontre bien les limites de la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et les notions indéterminées et vient assurément abonder dans le sens de ceux qui taxent le « dualisme » de « doctrinarisme ».

On peut essayer de trouver des raisons à ce raisonnement : la thèse du pouvoir discrétionnaire pourrait s'expliquer ici par le fait qu'il s'agit d'une disposition dite « couplée » (*Koppelungsvorschrift*) (A) ou plus simplement par la force de la tradition (B). Reste que dans les faits, le juge dispose bien d'une certaine latitude de jugement, bien que réduite (C).

#### **A. LE CAS SPÉCIFIQUE DES DISPOSITIONS DITES « COUPLÉES » (KOPPELUNGSVORSCHRIFTEN)**

**198.** La thèse du pouvoir discrétionnaire pourrait résulter du fait que le pouvoir du juge est considéré ici dans son ensemble, c'est-à-dire non pas uniquement au regard du présumé de la norme. On peut noter que le « commentaire » (*Kommentar*) précité opère une contraction des deux notions indéterminées (« disproportionné » et « convenable ») pour ne retenir que la notion générale du caractère convenable de la peine.

**199.** La doctrine allemande dominante (la jurisprudence y compris) n'opère pas de distinction entre les deux notions-cadre, qui figurent respectivement du côté du présumé de la norme et de son effet juridique. Le plus souvent, les termes « convenable » et « proportionné » sont étudiés en un seul trait, sans qu'il en découle une quelconque distinction<sup>508</sup>. Les limites de ce qui peut être considéré encore comme

---

<sup>506</sup> « Er [der Richter] stellt kraft eigener Ermessensentscheidung und in eigener Verantwortung fest, ob er die Strafe als unverhältnismäßig hoch empfindet und deshalb kürzen will » : V. RIEBLE, *op. cit.*

<sup>507</sup> *Ibid.* (« Genau gesehen handelt es sich um einen *Beurteilungsspielraum* – für den unbestimmten Rechtsbegriff der Angemessenheit. Das macht freilich keinen Unterschied »).

<sup>508</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 175.

« proportionné » et comme « convenable » sont jugées identiques. Comme l'exprime Rieble, bien que le législateur semble dissocier à première vue le caractère disproportionné de la peine comme condition de la réduction et la réduction elle-même à un montant convenable, en réalité, il vise la même chose : la peine (encore tout juste) convenable se situe exactement à la limite où la peine proportionnée « tombe » dans la disproportion<sup>509</sup>. Ce parallélisme (ou synchronisme) explique que les directives légales édictées expressément en vue de déterminer le montant convenable de la peine (effet juridique) se voient appliquées également afin de caractériser le montant disproportionné de la peine (présupposé)<sup>510</sup>, ce qui démontre qu'il est difficile, voire artificiel de séparer les deux aspects. Les conditions de la révision et le prononcé même de la révision apparaissent comme intimement liés<sup>511</sup>. Aussi certains auteurs affirment que la concrétisation du présupposé et celle de l'effet juridique de la norme sont tellement imbriquées que le résultat de la concrétisation du présupposé de la norme, à savoir la détermination de la limite à partir de laquelle une clause pénale peut être qualifiée de « disproportionnée », commande en même temps la conséquence juridique que le juge devra prononcer, donc la peine contractuelle « tout juste encore convenable »<sup>512</sup>. C'est dire qu'en l'espèce, la concrétisation de l'effet juridique se fonde entièrement dans la concrétisation du présupposé de la norme<sup>513</sup>. Or n'est-ce pas là justement un argument supplémentaire pour rejeter la qualification du pouvoir du juge de « discrétionnaire » ?

On notera qu'en dépit des analyses précitées qui semblent minimiser la distinction entre concrétisation d'une notion juridique indéterminée et exercice d'un

<sup>509</sup> V. RIEBLE, *op. cit.*, n° 70 : « (...) Die (gerade noch) angemessene Strafe liegt genau an der gedachten Grenze, an der die verhältnismäßige Strafe "umkippt" in die Unverhältnismäßigkeit ». V. dans le même sens E. HÖLDER, *Das Recht* 1900, p. 161 (cité d'après A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 175, note 42) : « Denn wie die Unverhältnismäßigkeit des ausbedungenen Betrages der Grund ist, wegen dessen seine Herabsetzung verlangt werden kann, so bestimmt sich auch durch dieselbe das Maß der zulässigen Herabsetzung. Die Worte "auf den angemessenen Betrag" wären daher besser weggeblieben » (l'auteur estime qu'il aurait mieux valu supprimer les termes « à un montant convenable » puisque la notion de disproportion est également la mesure de la réduction autorisée).

<sup>510</sup> P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, § 343, n° 18 ; D. MEDICUS, M. STÜRNER, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 8. Aufl., Köln, Luchterhand, 2013, § 343, n° 7 et 11.

<sup>511</sup> Rapp. B. JOMAIN, « La clause pénale et l'équilibre contractuel », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.), *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, Paris, LGDJ, 1983, p. 98, qui relève l'étroite corrélation entre la mise en évidence du caractère excessif ou mesuré de la pénalité et la recherche du *quantum* de la réduction : « (...) ces deux opérations, bien que distinctes, sont intellectuellement liées et passent par l'évaluation du dommage ».

<sup>512</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 175.

<sup>513</sup> A. RÖTHEL, *op. cit.*, p. 176 (« In Fällen verknüpfter Tatbestands- und Rechtsfolgenkonkretisierung geht die Rechtsfolgenkonkretisierung daher sowohl inhaltlich als auch strukturell in der Tatbestandskonkretisierung auf »).

pouvoir discrétionnaire, du moins dans ce cas particulier, la doctrine allemande, loin de s'en tenir à des généralités, a très bien envisagé les cas complexes, notamment les normes juridiques qui contiennent une notion-cadre du côté du présumé et qui confèrent en même temps un pouvoir discrétionnaire au niveau de l'effet juridique. Il est vrai que les modèles de solution proposés sont avant tout l'œuvre de la doctrine administrative qui les envisage sous l'intitulé « problématique des dispositions couplées » (*Problematik der Koppelungsvorschriften*)<sup>514</sup>.

**200.** Sont envisagées ainsi les règles juridiques qui contiennent une notion juridique indéterminée du côté du présumé et qui confèrent simultanément un pouvoir facultatif à l'administration du côté de l'effet juridique (celui-ci étant généralement signalé par l'emploi du verbe « peut » : *Kann-Vorschrift*). Il en va ainsi par exemple du § 35 al. 2 du Baugesetzbuch (BauGB) qui dispose : « D'autres projets [de construction à l'extérieur] *peuvent* être autorisés à titre particulier [effet juridique] si leur réalisation ou leur usage ne portent pas atteinte aux *intérets publics* (...) [présupposé] »<sup>515</sup>. En principe, de telles « dispositions couplées » ne posent aucun problème particulier, dès lors que les critères d'appréciation entrant en ligne de compte au niveau du présumé et au niveau de l'effet juridique diffèrent les uns des autres. Dans ce cas, chaque versant de la norme doit être traité selon ses propres règles : en matière de droit administratif, cela signifie en clair que l'application de la notion juridique indéterminée figurant dans le présumé de la norme est soumise à un contrôle intégral, tandis que la décision discrétionnaire qui s'ensuit ne fait l'objet que d'un contrôle restreint<sup>516</sup>.

En revanche, dès lors que les critères d'appréciation appliqués pour la concrétisation de la notion juridique indéterminée et pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire se recoupent, les deux versants de la norme juridique ne peuvent plus être traités séparément. Dans de telles hypothèses, la jurisprudence administrative s'est engagée dans deux voies distinctes.

---

<sup>514</sup> V. par ex. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2009, § 7, n° 48 et s. ; B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 127 et s.

<sup>515</sup> L'exemple est tiré du manuel de H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2009, § 7, n° 49.

<sup>516</sup> V. également H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2009, § 7, n° 48.

Parfois, elle a considéré qu'il y avait « diminution, voire disparition du pouvoir discrétionnaire » (*Ermessensschwund*) lorsque tous les aspects à prendre en compte dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire ont déjà été pris en considération à l'occasion de l'application de la notion juridique indéterminée<sup>517</sup>. C'est dire que si les conditions d'application de la règle juridique sont réunies, l'administration n'a pas le *pouvoir* mais le *devoir* de prendre la mesure prévue du côté de l'effet juridique. C'est en ce sens que la Cour fédérale administrative s'est prononcée à propos du § 35 al. 2 Baugesetzbuch précité : elle a jugé qu'à partir du moment où il était établi que le projet de construction ne contrevenait pas aux intérêts publics (présupposé), il n'existait pas d'autres aspects envisageables qui justifieraient encore un refus de délivrer une autorisation. Ici, l'administration aurait donc l'obligation d'autoriser le projet en question, malgré le libellé de la règle juridique qui semble lui conférer un pouvoir discrétionnaire (donc facultatif).

Dans d'autres hypothèses toutefois, la jurisprudence a emprunté une seconde voie. Elle a considéré au contraire que les notions juridiques indéterminées figurant du côté du présupposé de la norme étaient en réalité des directives venant encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'administration et devaient donc être comptées à ce titre<sup>518</sup>. Cette fois, c'est la notion-cadre qui se voit « absorbée » par le pouvoir discrétionnaire. La méthode a été appliquée par exemple à propos du § 131 al. 1 de la Abgabenordnung (AO) de 1919, qui prévoyait qu' « Il est *possible* d'opérer une exonération d'impôt (...) au cas particulier [effet juridique] si son recouvrement apparaît *inéquitable* au regard du cas particulier [présupposé] ». La haute juridiction a considéré ici que le terme « inéquitable » n'était pas une condition légale d'application du texte mais façonnait le pouvoir discrétionnaire en lui assignant un contenu et une limite<sup>519</sup>.

**201.** Au vu de ces enseignements, il peut paraître étonnant que la doctrine civiliste ne dissocie pas davantage les pouvoirs du juge liés à la concrétisation de la notion de « disproportion » et ses pouvoirs liés à la réduction de la clause pénale (conséquence juridique). En effet, tel qu'il est formulé, le § 343 al. 1 BGB se présente comme le prototype d'une « disposition couplée ». Il démontre si besoin en était que

---

<sup>517</sup> H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2009, § 7, n° 49.

<sup>518</sup> H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2009, § 7, n° 50.

les « dispositions couplées » n'existent pas uniquement en droit administratif<sup>520</sup>. Il resterait à déterminer si le pouvoir discrétionnaire du juge se fonde entièrement dans la concrétisation de la notion de « disproportion », auquel cas le pouvoir discrétionnaire n'en serait pas un ou si au contraire, la notion de « disproportion » n'est qu'une directive venant encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge. A la réflexion, on peut se demander toutefois où serait l'intérêt d'une telle distinction. Contrairement au droit administratif, la distinction conceptuelle entre les notions juridiques indéterminées et le pouvoir discrétionnaire ne commande pas l'étendue du contrôle juridictionnel de la décision. Cela pourrait venir expliquer pourquoi la doctrine civiliste et les juridictions civiles n'ont pas porté un vif intérêt à la problématique des « dispositions couplées » et ne les envisagent pas comme une spécificité qui appellerait un traitement particulier<sup>521</sup>. Ainsi qu'il a été relevé, face à ce type de normes juridiques, la jurisprudence n'opère généralement aucune différenciation entre les divers éléments et tend à qualifier globalement la disposition de discrétionnaire (*Ermessensvorschrift*)<sup>522</sup>. Si certains insistent toutefois sur le fait que l'existence des « dispositions couplées » ne remet nullement en cause la différence conceptuelle entre pouvoir discrétionnaire et notion juridique indéterminée<sup>523</sup>, le traitement indifférencié de ces dispositions par la jurisprudence judiciaire pourrait venir abonder dans le sens de ceux qui remettent en cause l'utilité du « dualisme » pour la matière du droit civil, du fait de sa provenance étrangère (son origine étant en droit administratif)<sup>524</sup>. Or, malgré son dogmatisme indéniable, la dissociation des conditions légales de la règle juridique et de ses conséquences juridiques est assurément un bon instrument pour déterminer la mesure exacte de la liberté du juge découlant de ce type de disposition<sup>525</sup>. On aura l'occasion de s'en

---

<sup>519</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 129.

<sup>520</sup> Sur les multiples exemples de « dispositions couplées » en matière de procédure civile : v. B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 477 et s.

<sup>521</sup> Un constat effectué également par B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 130.

<sup>522</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 477.

<sup>523</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 130.

<sup>524</sup> V. en particulier F. RITTNER, « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 23.

<sup>525</sup> En ce sens également B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 477 : « Will man das Maß richterlicher Freiheit bei der Anwendung

rendre compte plus loin lorsqu'il sera question de dissocier les conditions légales d'intervention du juge du caractère facultatif ou non de son pouvoir de révision de la clause pénale excessive (v. *infra*).

## **B. LA FORCE DE LA TRADITION**

**202.** Notons qu'au lieu de suggérer un plus faible penchant de la jurisprudence judiciaire pour les constructions dogmatiques, le traitement global des divers éléments du § 343 al. 1 BGB dont elle fait montre pourrait s'expliquer par la force de la tradition. Bien souvent, la doctrine elle-même fait référence aux travaux préparatoires du BGB qui qualifient le pouvoir modérateur du juge de discrétionnaire<sup>526</sup>.

Or, comme nous l'avons vu, à cette époque, le « dualisme » n'était pas encore de mise<sup>527</sup>. Au contraire, toute marge de manœuvre supplémentaire conférée au juge était perçue comme génératrice d'un pouvoir discrétionnaire<sup>528</sup>. Aussi, l'insertion de clauses générales et de notions indéterminées dans le BGB était ressentie comme vecteur d'un pouvoir discrétionnaire du juge en droit civil<sup>529</sup>. Cette réflexion mise à part, une lecture attentive des travaux préparatoires du BGB montre que le caractère discrétionnaire du pouvoir du juge est évoqué davantage à propos du caractère facultatif du pouvoir de révision judiciaire que de l'appréciation de l'excès manifeste<sup>530</sup>. A ne considérer que les conditions légales d'intervention du juge, sa marge de liberté d'appréciation apparaît considérablement réduite.

---

derartiger Normen [Koppelungsvorschriften] exakt bestimmen, bedarf es in diesen Fällen (...) einer Trennung von Tatbestandsmerkmalen und Rechtsfolge ».

<sup>526</sup> Protokolle, in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 723 (« das unbeschränkte, dem freien richterlichen Ermessen überlassene Ermäßigungsrecht »).

<sup>527</sup> C'est ce qui ressort aussi de l'étude de B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 228 et s.

<sup>528</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 228 et s.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>530</sup> Protokolle, in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 723 : « (...), und nur in einem solchen Falle [offenbares Mißverhältnis] soll der Richter das Recht haben, nach seinem freien Ermessen eine Herabsetzung eintreten zu lassen oder sie zu versagen. Bei vorsichtiger Handhabung werde die richterliche Praxis trotz der vorhandenen Schwierigkeiten das richtige Maß für die im gegebenen Falle zulässige Höhe der Strafe zu finden wissen (...) ».



### C. UNE LATITUDE DE JUGEMENT RÉELLE MAIS RÉDUITE

203. Le caractère exceptionnel de son pouvoir qu'exprime dans la loi l'adverbe « manifestement » (ou « démesurément ») est une limite à l'appréciation du juge. L'iniquité provoquée par la peine doit être d'une telle importance qu'elle en devient évidente<sup>531</sup>. De ce point de vue, il semble difficile de soutenir que le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire à ce niveau.

En même temps, il s'agit d'une hypothèse où le législateur a renoncé à poser un seuil quantitatif et où l'on peut admettre qu'il n'existe pas qu'une seule solution juridiquement exacte<sup>532</sup>. L'appréciation du caractère convenable ou disproportionné de la peine est d'ailleurs réservée aux juges du fond (*Tatsacheninstanzen*), dans la mesure où elle requiert une prise en considération de tous les intérêts en présence et des circonstances de l'espèce<sup>533</sup>.

Il en va de même en droit français où la détermination de l'« excès manifeste » relève de l'appréciation souveraine du juge du fond<sup>534</sup>. La Cour de cassation s'abstient d'en contrôler (directement) la qualification. En effet, la Cour de cassation refuse de contrôler les qualifications reposant sur une appréciation quantitative<sup>535</sup>. Dans ces cas, elle considère que l'appréciation du fait absorbe l'appréciation juridique et qu'il est difficile de tracer une séparation entre elles<sup>536</sup>. Le contrôle opéré par la Cour de cassation française non pas (directement) sur la qualification des faits, mais du moins sur la motivation des juges du fond (« contrôle léger »<sup>537</sup>) conduit à

---

<sup>531</sup> V. explicitement les *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003, commentaires sous l'art. 9.509, p. 419 ; Protokolle, in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 723 (« offenes Mißverhältnis »). En droit français, d'aucuns soulignent que **la technique de rédaction** utilisée (ajout d'un nouvel alinéa à l'art. 1152 C. civ.) laisserait transparaître à elle seule que le dispositif est destiné uniquement à lutter contre les abus manifestes : G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 245.

<sup>532</sup> V. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 293 et s. Rapp. V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 94.

<sup>533</sup> P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, § 343, n° 22.

<sup>534</sup> V. par ex. Soc., 24 mai 1978, Bull. V, n° 385.

<sup>535</sup> J. et L. BORÉ, Rép. proc. civ., v° Pourvoi en cassation, n° 341.

<sup>536</sup> *Ibid.*

<sup>537</sup> M. SALUDEN, « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal.* 29 mai 1984, p. 263. Sur les quatre niveaux du contrôle normatif, v. l'étude récente de J.-F. WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. inf. C. cass.* n° 702 du 15 mai 2009, p. 10 et s.

écarter la thèse de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du juge au sens français du terme. On sait que, depuis un arrêt de la chambre mixte du 20 janvier 1978<sup>538</sup>, la Cour exige du juge modérant la peine qu'il justifie son affirmation du caractère manifestement excessif et qu'il explicite son raisonnement. Ainsi, tout comme en droit allemand, la Cour de cassation vérifie si le juge du fond a procédé, à partir des éléments factuels sur lesquels s'exerçait son appréciation souveraine, à une déduction logique concernant la qualification. Elle censure de la même manière les juges qui se fondent sur des motifs impropres à justifier la révision d'une clause pénale tels que la bonne foi du débiteur<sup>539</sup>, ou encore qui y procèdent au seul motif que cela paraît « juste »<sup>540</sup> ou que l'indemnité procure au créancier « un bénéfice supérieur à celui qu'il aurait tiré de l'exécution normale de la convention »<sup>541</sup>. Pour la Cour de cassation, le caractère manifestement excessif ou non de la clause doit donc être objectivement apprécié<sup>542</sup>. Il ne peut résulter que de la comparaison entre le préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité prévue. La comparaison constitue bien le critère principal d'appréciation de l'excès manifeste, sans être exclusif<sup>543</sup>.

On notera qu'il y a là une différence avec les PDEC et le droit allemand qui laissent plus de place à des considérations subjectives. Les PDEC invitent le juge à porter à la fois une appréciation objective (« par rapport au préjudice résultant de l'inexécution ») et une appréciation subjective (« par rapport aux autres circonstances ») du caractère « manifestement excessif » de la clause. Les critères d'appréciation fixés par le législateur allemand invitent également le juge à procéder à une approche plus subjective. Il va sans dire que la méthode subjective confère un pouvoir d'appréciation plus large au juge.

**204.** On remarquera néanmoins que le pouvoir d'appréciation du juge aura moins l'occasion de s'appliquer en Allemagne qu'en France.

---

<sup>538</sup> Bull. Ch. mixte, n° 1, p. 1. L'arrêt cassait pour manque de base légale une décision qui, estimant la peine stipulée « un peu élevée » l'avait modérée.

<sup>539</sup> Com., 5 février 2002, Gaz. Pal. 2003, 1, pan., p. 534 : cassation de l'arrêt qui, pour modérer une clause pénale, a retenu l'absence de faute grave et l'absence manifeste de mauvaise foi du débiteur, motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité impropres à fonder le caractère manifestement excessif du montant de la clause.

<sup>540</sup> Com., 21 janvier 1997, pourvoi n° 94-18.663.

<sup>541</sup> Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 09-68.275, cité par B. FAGES, « Peines excessives », RTD civ. 2011, p. 122.

<sup>542</sup> Ph. DELEBECQUE, J.-Cl. Civ., Art. 1146-1155, Fasc. 22, n° 120.

<sup>543</sup> Sur les critères d'appréciation supplémentaires, v. G. PAISANT, Rép. civ., v° Clause pénale, n° 79 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 255 et s. Nombreux sont les auteurs qui plaident pour la prise en considération de critères subjectifs, tenant aux difficultés éprouvées par le débiteur ou à la mauvaise foi des parties.

Ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires du BGB, la clause pénale est perçue principalement comme un moyen de contrainte, et secondairement comme une manière de fixer de façon anticipée les dommages-intérêts à verser en cas d'inexécution. Aux clauses pénales (*Vertragsstrafe*), à vocation essentiellement comminatoire, la doctrine et la jurisprudence opposent généralement les clauses d'indemnisation forfaitaire (*Schadenspauschalierung*) destinées à évaluer par avance le montant de l'indemnisation en cas d'inexécution<sup>544</sup>. On enseigne généralement que ces dernières ne peuvent pas être révisées par le juge sur le fondement du § 343 BGB<sup>545</sup>. En droit français, au contraire, on considère généralement que la clause dont l'article 1152 C. civ. permet la révision judiciaire et qui est habituellement appelée « clause pénale » n'est pas (seulement) la clause pénale *stricto sensu*, telle que la définissent les articles 1226 et suivants C. civ. et qui se singularise en particulier par son caractère comminatoire, mais plutôt la clause d'indemnisation forfaitaire<sup>546</sup>. C'est pour éviter précisément les difficultés liées à la distinction entre « clause pénale » (*Vertragsstrafe*) et « clause d'indemnisation forfaitaire » (*Schadenspauschalierung*) que les PDEC ont retenu pour leur part une formule neutre et large qui englobe les deux types de clauses : « clauses relatives aux conséquences pécuniaires de l'inexécution » (v. l'intitulé de l'art. 9. 509 (2)).

Par ailleurs, le § 343 BGB est écarté non seulement en présence de clauses d'indemnisation forfaitaire mais aussi en matière commerciale (v. le § 348 *Handelsgesetzbuch*). Dans cette dernière hypothèse, les juges se réservent toutefois le droit d'annuler une clause pénale contraire aux bonnes mœurs (§ 138 BGB) ou au principe de la bonne foi (§ 242 BGB)<sup>547</sup>. En outre, lorsque la clause pénale n'a pas

<sup>544</sup> D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>e</sup> éd., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, n° 808 et s. La distinction a trouvé une consécration législative à propos des conditions générales d'affaires : v. § 309 n° 5 et 6 BGB.

<sup>545</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 11. V. de façon critique toutefois S. SCHAUB, in *Erman BGB*, Kommentar, 12<sup>e</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, Vorb. §§ 339-345, n° 5. Sur cette question, v. K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Band, AT*, 14<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, § 24 II c. Les clauses d'indemnisation forfaitaire peuvent néanmoins faire l'objet d'un contrôle judiciaire sur le fondement du § 309 n° 5b BGB (conditions générales d'affaires) si la clause n'a pas fait l'objet d'une négociation. La sanction change alors de nature : il ne s'agit plus d'une modération judiciaire mais d'une « invalidation » de la clause.

<sup>546</sup> V. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Précis Dalloz, 2009, n° 621 et s. Rappelons que l'article 1152 se trouve inséré dans la section consacrée aux dommages et intérêts contractuels et désigne ainsi explicitement la clause d'évaluation forfaitaire de l'indemnisation. Il n'empêche qu'à l'origine et dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, les domaines d'application respectifs de l'article 1152 et des articles 1226 à 1233 étaient et devaient rester nettement séparés : v. pour plus de détails G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 229. Notons que l'avant-projet Catala met fin à toute controverse en prévoyant, pour chacune de ces clauses, le même pouvoir de révision judiciaire en cas d'excès (v. art. 1383 nouveau).

<sup>547</sup> D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2<sup>e</sup> éd., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2004, n° 825. Au demeurant, on trouve aussi quelques décisions qui ont *réduit* le montant d'une peine sur le fondement du § 242

fait l'objet d'une négociation, la réglementation sur les conditions générales d'affaires est alors applicable (§ 305 à 310 BGB). C'est dire que le § 343 BGB est principalement conçu pour les clauses pénales qui ont fait l'objet d'une négociation entre les parties (*Individualvereinbarung*)<sup>548</sup>. Le caractère exceptionnel de la sanction consistant en une révision (réduction) judiciaire de la peine contractuelle en ressort accentué<sup>549</sup>.

## **§ 2. CARACTÈRE FACULTATIF OU NON DU POUVOIR DE RÉDUCTION DU JUGE**

**205.** C'est toute l'appréhension des pouvoirs du juge qui diffère en droits français et allemand. Il convient de souligner à ce titre qu'en droit allemand, le pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales est autant analysé sous l'angle du pouvoir du débiteur que sous l'angle du pouvoir du juge : il est fait mention du « droit de réduction du débiteur » (*Ermäßigungsrecht des Schuldners*<sup>550</sup>). Ce dernier n'est certes pas un droit « potestatif » ou « formateur » (*Gestaltungsrecht*), dans la mesure où le débiteur n'est pas autorisé à réduire le montant de la peine de façon unilatérale mais se voit contraint d'intenter une action en justice à cet effet (*Gestaltungsklagerecht*). En même temps, d'aucuns soulignent que derrière cet habillage juridique, il existe un véritable droit subjectif de demander et d'obtenir la réduction (*echtes subjektives Privatrecht "auf" Ermäßigung*<sup>551</sup>). En droit allemand,

BGB, ce qui est fortement critiqué : v. BGH 1. Zivilsenat, 17.7.2008, I ZR 168/05 ; V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 38.

<sup>548</sup> A. BEATER, in *jurisPK-BGB*, Bd. 2, 5<sup>e</sup> éd., Saarbrücken, 2010, § 343, n° 3 : « § 343 BGB erfasst grundsätzlich keine Vertragsstrafen, die in AGB vereinbart wurden. Die Vorschrift ist auf Individualvereinbarungen zugeschnitten und ermöglicht keine geltungserhaltende Reduktion von Klauseln, die es nach den §§ 305 ff. nicht geben soll ».

<sup>549</sup> En droit français, le débiteur qui estime que la pénalité convenue est excessive ou dérisoire dispose d'un choix entre la révision fondée sur la loi de 1975 et l'annulation fondée sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation : v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 235 et les références jurisprudentielles citées. A ce titre, on a fait remarquer que le système actuel de contrôle des clauses abusives était de nature à inciter le contractant qui estime que la clause pénale qui lui est opposée est excessive, à se fonder plus souvent aujourd'hui sur l'article L. 132-1 C. consom., ce qui conduirait à réduire l'utilisation du pouvoir de révision judiciaire créé par la loi de 1975 (*ibid.*). Il n'en demeure pas moins que celui-ci demeure à sa disposition dans tous les cas. En outre, dans les rapports entre professionnels, la clause pénale pourrait se voir censurer sur le fondement du nouvel article L. 442-6, I, 2<sup>o</sup> du code de commerce, issu de la loi LME du 4 août 2008, qui prévoit d'autres types de sanctions (en ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN, *ibid.*, n° 264-2).

<sup>550</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 39 et s.

<sup>551</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 39 et les références citées.

l'exercice du pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales est d'ailleurs subordonné à une demande du débiteur en ce sens (v. le § 343 BGB : « auf Antrag des Schuldners »). Le juge allemand ne peut donc, d'office, modérer la peine convenue<sup>552</sup>. Le débiteur peut intenter une action « formatrice » (*Gestaltungsklage*), au travers de laquelle il sollicitera du tribunal la modification du rapport juridique existant<sup>553</sup>. Dans la pratique cependant, le débiteur soulèvera bien plus souvent le caractère disproportionné de la pénalité comme moyen de défense (« exception » : *Einrede*<sup>554</sup>) contre l'action en exécution (paiement) de la pénalité dirigée par le créancier. En droit français, au contraire, le pouvoir du juge paraît d'autant plus important qu'il peut même intervenir d'office<sup>555</sup>, c'est-à-dire sans que le débiteur ait expressément sollicité la révision. La force obligatoire du contrat cède vraiment le pas ici à des préoccupations d'équilibre et d'équité<sup>556</sup>. En même temps, la révision des clauses pénales excessives apparaît davantage comme une prérogative du juge que comme un droit du débiteur. Comme l'a souligné un auteur, la loi du 11 octobre 1985 habilitant le juge à réviser d'office la peine conventionnelle est venue renforcer les pouvoirs du juge au détriment de la volonté des contractants<sup>557</sup>. Le juge français est libre d'exercer son pouvoir indépendamment de toute manifestation de volonté des parties en ce sens<sup>558</sup>. D'une certaine manière, le développement du pouvoir d'office du juge peut être relié également au mouvement plus général d'accroissement des pouvoirs du juge<sup>559</sup>.

---

<sup>552</sup> D. MEDICUS, M. STÜRNER, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 8. Aufl., Köln, Luchterhand, 2013, § 343, n° 10.

<sup>553</sup> S'il appartient au débiteur de soulever le caractère disproportionné de la clause pénale, il n'est cependant pas obligé de chiffrer sa demande de modération : v. les références jurisprudentielles citées par V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 62. Selon l'auteur, le pouvoir discrétionnaire du juge est déjà suffisamment limité par le montant conventionnel de la pénalité. Mais il s'agit là d'un aspect touchant la mesure de la révision et non les conditions légales d'intervention du juge.

<sup>554</sup> Il appartient ici aussi au débiteur de soulever le « droit de réduction » à titre d'« exception » s'il désire mettre en échec la demande du créancier.

<sup>555</sup> Notons qu'il s'agit là d'une simple faculté et non d'une obligation pour le juge : v. Com., 30 mars 1999, n° 96-15.701. Comme l'a montré un auteur, la plupart du temps, l'usage du pouvoir d'office du juge est abandonné à son libre arbitre, même s'il est subordonné au respect de conditions (v. Ch. LEFORT, « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 817).

<sup>556</sup> Y. PICOD, J.-Cl. Civ., Art. 1134 et 1135, Fasc. 11, n° 74. Cette altération du principe dispositif a été jugée bienvenue par certains au regard du fait que devant les tribunaux d'instance, lieu d'élection des litiges de consommation impliquant les clauses pénales, il n'est pas rare que le débiteur s'abstienne de comparaître, ou, comparaisant, de prendre l'assistance d'un conseil. Il n'était d'autre moyen de compenser sa méconnaissance du droit que d'autoriser le juge à soulever à sa place la défense que commandait l'équité : J. NORMAND, J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 151, n° 133.

<sup>557</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris, LGDJ, 1992, n° 81.

<sup>558</sup> *Ibid.*

<sup>559</sup> Sur ce lien, v. Ch. LEFORT, art. préc.

Le fait de qualifier la réduction du montant de la clause pénale de droit (subjectif) du débiteur est un aspect fondamental qui est de nature à influencer sur les pouvoirs du juge. En effet, si l'on part du postulat que le débiteur a droit à ce que le montant de la clause pénale soit diminué dès lors que les conditions légales sont réunies, il en résulte que le juge a le *devoir* d'exercer son pouvoir de révision si la demande lui en est faite et le caractère excessif de la clause avéré. La question posée à ce stade est celle du caractère facultatif ou non du pouvoir de révision du juge. Elle est essentielle en ce qu'un pouvoir facultatif sous-entendrait l'existence d'un pouvoir discrétionnaire au sens d'une liberté de choix conférée au juge. Le caractère facultatif du pouvoir de révision judiciaire paraît donc déterminant dans la qualification du pouvoir modérateur du juge de « discrétionnaire ».

Il convient d'envisager successivement l'étendue des pouvoirs du juge en droit français (A), allemand (B) et européen (C).

### A. DROIT FRANÇAIS

**206.** En droit français, d'aucuns soulignent que l'exception formulée sous forme d'énoncé général est soumise au pouvoir modérateur facultatif du juge qui en apprécie l'opportunité<sup>560</sup>. La plupart des auteurs considèrent qu'en employant le terme « peut », le législateur a marqué que le juge n'était pas obligé d'intervenir, même en présence d'une clause manifestement excessive<sup>561</sup>. De façon générale, on considère en France que lorsque, aux termes de la loi, le juge « peut » prendre telle décision ou mesure, il lui est évidemment loisible de le faire, sans qu'il en ait

---

<sup>560</sup> V. par ex. V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002, p. 387, 394 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 258 ; B. JOMAIN, « La clause pénale et l'équilibre contractuel », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.), *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, Paris, LGDJ, 1983, p. 101 (qui qualifie ouvertement le pouvoir modérateur du juge de discrétionnaire, sans limiter l'expression à la dispense de motivation de la décision).

<sup>561</sup> F. CHABAS « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chron., p. 234 (l'idée d'équité sous-jacente au pouvoir du juge serait à l'origine du caractère facultatif de l'intervention de celui-ci) ; v. les références citées par M. SALUDEN, « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal.* 29 mai 1984, p. 262 ; Ch. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Paris II, sous la dir. de G. CORNU, 1973, p. 119, 386 ; D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris, LGDJ, 1992, n° 81 (qui souligne que la loi de 1985 n'a pas remis en cause le caractère facultatif de l'intervention judiciaire) et n° 138 et s. ; J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Aix-Marseille, préf. Ph. LE TOURNEAU, PUAM, 2004, n° 415 (plaide pour un véritable pouvoir modérateur du juge au-delà des cas spéciaux prévus par le législateur qui serait subordonné, mais non lié par la demande des parties).

l'obligation<sup>562</sup>. On y voit ici une hypothèse où le juge se prononce en opportunité, eu égard aux faits de l'espèce et des intérêts en présence, et où sa décision relève davantage de considérations pratiques que de considérations théoriques, juridiques<sup>563</sup>. C'est dire qu'alors même que les conditions légales de son intervention seraient réunies, il ne serait pas tenu de modérer. Autrement dit, le juge serait le seul maître de l'opportunité de son intervention. L'interprétation littérale se verrait corroborée par un argument téléologique : la liberté judiciaire de révision (caractère facultatif du pouvoir du juge) serait la seule conception de l'office du juge propre à préserver le caractère comminatoire de la clause pénale<sup>564</sup>. La liberté laissée au juge engendrerait, pour le débiteur, une incertitude dissuasive, intimidante et préventive qui, de ce fait, préserverait l'aspect contraignant de la clause<sup>565</sup>. A cet argument, on peut toutefois rétorquer qu'au moment où le mécanisme de l'article 1152 al. 2 C. civ. est actionné, la fonction dissuasive, comminatoire de la clause pénale a déjà échoué. Par ailleurs, abstraction faite du caractère facultatif ou non du pouvoir modérateur du juge, le débiteur ne peut jamais être certain d'obtenir la réduction de la clause pénale. Les aspects pris en compte par le juge dans l'appréciation du caractère excessif de la peine rendent la décision du juge difficilement prévisible. On conviendra que cela est d'autant plus vrai en droit allemand où le juge doit prendre en considération tout intérêt légitime du créancier et non seulement son intérêt patrimonial. C'est donc le dernier argument avancé en faveur du caractère facultatif des pouvoirs du juge qui nous paraît décisif : l'esprit de l'article 1152 al. 2 C. civ. commanderait cette interprétation extensive des pouvoirs du juge. Le pouvoir de révision judiciaire étant fondé sur l'équité<sup>566</sup>, il serait logique de laisser au juge une importante marge d'initiative<sup>567</sup>. On souligne que, dans certains cas, c'est la révision de la peine convenue qui serait contraire à l'équité<sup>568</sup>. Ainsi, les critères subjectifs, tirés du comportement des parties auraient toute leur place à ce stade : « (...) la mauvaise foi

---

<sup>562</sup> V. à propos du pouvoir optionnel que détient spécialement la Cour de cassation, A. PERDRIAU, « Le pragmatisme de la Cour de cassation », JCP 2001, I, 364.

<sup>563</sup> *Idem.*

<sup>564</sup> D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris, LGDJ, 1992, n° 142.

<sup>565</sup> *Ibid.*, n° 138.

<sup>566</sup> V. parmi d'autres L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Equité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 96. De même en droit allemand : R. ZIMMERMANN : *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit ? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Diss. Hamburg, Berlin, Duncker & Humblot, 1979, p. 89 (« Billigkeitskontrolle »).

<sup>567</sup> D. MAZEAUD, *ibid.*, n° 141 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 258, qui relèvent en même temps que certains ont critiqué la solution comme un facteur supplémentaire d'arbitraire.

<sup>568</sup> *Ibid.*, n° 141.

patente du débiteur, sa faute lourde lors de l'inexécution, pourront justifier le maintien de la peine par le juge, fût-elle excessive en regard des critères [objectifs] utilisés au stade précédent du raisonnement [conditions légales d'intervention] »<sup>569</sup>.

**207.** Cette interprétation extensive des pouvoirs du juge ne fait toutefois pas l'unanimité. Certains auteurs, prenant appui sur quelques décisions<sup>570</sup>, considèrent au contraire que lorsque les conditions légales sont réunies, le juge *doit* réviser<sup>571</sup>. La réponse n'est pas aisée tant la jurisprudence est fluctuante<sup>572</sup>. L'intérêt de la discussion n'est-il d'ailleurs pas plus théorique que pratique ? Certains ont fait subtilement remarquer que la controverse (académique) relative à l'étendue des pouvoirs du juge se trouve désamorcée en pratique, dans la mesure où le juge qui ne voudrait pas réduire la peine n'aura qu'à considérer souverainement qu'il n'y a pas d'excès manifeste<sup>573</sup>. Autrement dit, il lui suffira de décider, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, que la peine n'est pas manifestement excessive pour échapper au devoir de révision. Si le raisonnement fait preuve de pragmatisme et d'une logique certaine<sup>574</sup>, l'assimilation qui est ainsi faite entre le pouvoir souverain d'appréciation des conditions légales d'intervention et le caractère facultatif de la révision est critiquable<sup>575</sup>. D'une part, elle procède d'une confusion entre ce qui relève du présupposé de la norme et de son effet juridique. D'autre part, on pressent que la liberté du juge n'est pas identique dans les deux cas : la consécration d'un pouvoir facultatif de révision judiciaire est bien synonyme de pouvoir discrétionnaire au sens d'un libre choix judiciaire de l'effet juridique. Le juge est autrement plus libre que lorsqu'il statue souverainement sur le caractère excessif ou non de la peine contractuelle. Dans une stricte logique juridique, les deux aspects ne sauraient donc

---

<sup>569</sup> J. THILMANY, « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé », RIDC 1980, p. 32. Rapp. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), Les effets de la responsabilité, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 257-1, qui soulignent que l'importance des facteurs personnels et des considérations subjectives est encore plus renforcée par le caractère facultatif de la révision qui oblige le juge à apprécier l'opportunité de son intervention dans le cas particulier qui lui est soumis.

<sup>570</sup> Soc., 7 mars 1979, Bull. V, n° 210 ; Soc., 23 octobre 1980, Bull. V, n° 765 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 février 1983, Bull. I, n° 55.

<sup>571</sup> G. PAISANT, *Rép. civ.*, v° Clause pénale, n° 81.

<sup>572</sup> V. l'arrêt précité de la première chambre civile du 26 juin 2001 qui énonce expressément que la réduction des effets d'une clause pénale n'est qu'une simple faculté pour les juges du fond. De même : Com., 6 mai 2003, n° 00-22.045. Pour un autre ex. : Com., 23 janvier 1979, JCP 1979, IV, 106.

<sup>573</sup> G. PAISANT, *Rép. civ.*, v° Clause pénale, n° 81.

<sup>574</sup> Rappelons que si le juge qui modère une clause pénale est tenu d'exposer les motifs de sa décision et se trouve soumis de ce fait à un contrôle de base légale de la part de la Cour de cassation, à l'inverse celui qui refuse d'intervenir n'a pas à se justifier.

<sup>575</sup> En ce sens également D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris, LGDJ, 1992, n° 140.



être confondus. Mais il est vrai que la pratique juridique tend à relativiser les conséquences tirées du caractère facultatif ou non du pouvoir de révision judiciaire. C'est aussi le cas en droit allemand.

## B. DROIT ALLEMAND

**208.** En effet, en droit allemand, la doctrine considère généralement que lorsque le juge arrive à la conclusion que la peine est disproportionnée, il est *tenu* de réduire la peine à un montant convenable<sup>576</sup>. Cette conception restrictive des pouvoirs du juge s'accorde bien avec la reconnaissance d'un droit subjectif du débiteur d'obtenir la modération d'une peine manifestement excessive. En même temps, elle va à l'encontre des termes du § 343 BGB qui contient le verbe « peut » (*kann (...)* *herabgesetzt werden*)<sup>577</sup> tout comme l'article 1152 al. 2 C. civ. Si l'on considère que le juge allemand est tenu de réduire la peine dès lors que son caractère disproportionné est établi, il peut sembler paradoxal de qualifier le pouvoir de révision du juge allemand de discrétionnaire<sup>578</sup>. A ce titre, certains auteurs dénoncent l'assimilation faite entre pouvoir de révision judiciaire et donc pouvoir « constitutif » (*Gestaltungsmacht*) et pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*)<sup>579</sup>. Mais il est certain que le fait de considérer, à l'instar de certaines décisions, que la notion de « pénalité disproportionnée » est une question de fait, abandonnée au pouvoir discrétionnaire du

---

<sup>576</sup> P. GOTTWALD, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, § 343, n° 20 ; Ch. JANOSCHEK, in BAMBERGER/ROTH, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2007, § 343, n° 9. C'est ce qui fait dire à certains que le BGB ne comporte aucune disposition conférant un pouvoir discrétionnaire au juge : B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 346. Notons que le droit suisse rejoint la position de la doctrine allemande : interrogeant à cet effet Kathrin KLETT, présidente de la première Cour de droit civil du Tribunal fédéral (Lausanne), à l'occasion du colloque relatif à « L'intervention du juge dans le contrat », tenu à Bâle le 29 septembre 2011, celle-ci nous a répondu que malgré la référence faite par l'article 163 du Code des obligations suisse au « pouvoir discrétionnaire du juge » (du moins dans sa version allemande ; la version française du même article ne fait aucune référence au pouvoir discrétionnaire du juge et dispose clairement que « Le juge *doit* réduire les peines qu'il estime excessives »), il ne faudrait aucunement en conclure que le juge dispose d'un pouvoir modérateur facultatif. Selon KLETT, reconnaître au juge un pouvoir modérateur facultatif reviendrait à lui conférer un pouvoir arbitraire (« willkürlich »).

<sup>577</sup> Les travaux préparatoires du BGB semblent également aller dans le sens d'un pouvoir facultatif du juge en la matière : v. Protokolle, in B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 723 : « (...), und nur in einem solchen Falle [offenbares Mißverhältnis] soll der Richter das Recht haben, nach seinem freien Ermessen eine Herabsetzung eintreten zu lassen oder sie zu versagen » (nous soulignons).

<sup>578</sup> V. pourtant H. P. WESTERMANN, in *ERMAN, Bürgerliches Gesetzbuch*, 11<sup>e</sup> éd., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2004, § 343, n° 3 ; V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 74.

<sup>579</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Otto Schmidt, 2002, p. 308, 344.

juge<sup>580</sup>, vient relativiser le caractère contraignant de l'intervention du juge. La jurisprudence allemande semble postuler l'existence d'un pouvoir discrétionnaire du juge à tous les niveaux.

### **C. DROIT EUROPÉEN**

**209.** Quant aux PDEC, ils ne sont pas explicites sur la question de la nature facultative ou non du pouvoir modérateur du juge. Le libellé de l'article 9.509 (2) pourrait suggérer le caractère facultatif du pouvoir du juge. En effet, il dispose que : « (...) la somme *peut* être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive (...) »<sup>581</sup>. Une telle interprétation pourrait se voir corroborée par ailleurs par la qualification du pouvoir du juge de « discrétionnaire » par la Commission Lando dans sa « vue d'ensemble des chapitres 1 à 17 ». Notons qu'une telle interprétation trancherait pour le moins avec le voile pudique dont est entourée la figure du juge dans cet article : comme l'a relevé Claude Witz lors du colloque tenu à Bâle en 2011 sur « L'intervention du juge dans le contrat », l'article 9.509 (2) ne fait pas mention (explicitement) de l'organe tenu de mettre en œuvre cette réduction, le juge. Force est de constater en effet que le juge n'est pas mentionné *expressis verbis* dans les « black-letters » ; il ne l'est que dans les commentaires relatifs à cet article. Il semble d'ailleurs que dans les systèmes laissant plus de place à des considérations subjectives (comme la mauvaise foi du débiteur, par exemple) dans l'appréciation du caractère « manifestement excessif » de la clause pénale, comme c'est le cas dans les PDEC et en droit allemand, il soit difficile de reconnaître au juge un pouvoir de révision facultatif : en effet, dès lors qu'au regard de toutes les circonstances (objectives et subjectives) de la cause, la clause pénale apparaît manifestement excessive, on ne voit pas très bien sur quel fondement (et pour quels motifs) le juge aurait le droit de refuser de procéder à la réduction de cette clause, en vertu d'un pouvoir facultatif. On mesure ici tout l'intérêt de dissocier plus nettement les différents aspects du pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale.

---

<sup>580</sup> BGH 1. Zivilsenat, 13.3.1953, BB 1953, p. 301 ; LG Frankfurt, 16.4.1975, NJW 1975, p. 1519.

<sup>581</sup> Nous soulignons.

### § 3. MESURE DU POUVOIR DE RÉDUCTION JUDICIAIRE

**210.** Il semble nécessaire également de mieux distinguer entre le caractère facultatif ou non du pouvoir de révision et fixation du montant de la révision<sup>582</sup>. Il s'agit-là de deux aspects distincts du pouvoir judiciaire au niveau de l'effet juridique. C'est précisément à ce dernier stade que le caractère discrétionnaire du pouvoir du juge semble se manifester avec le plus d'évidence. Rien n'empêche de considérer que le juge doit être tenu d'exercer son pouvoir de révision et d'admettre en même temps que la fixation du montant de la révision fait partie de ces impondérables qui lui laissent un pouvoir discrétionnaire.

**211.** En droit français, la Cour de cassation reconnaît que le juge du fond est libre de fixer l'importance de la réduction, dans la mesure où il est souverain pour apprécier à la fois le préjudice subi par le créancier et le caractère manifestement excessif de la peine<sup>583</sup>. Dans le même sens, en droit allemand, la mesure de la réduction de la peine est qualifiée de décision discrétionnaire des juges du fond<sup>584</sup>. Les travaux préparatoires du BGB démontrent que la crainte du pouvoir discrétionnaire du juge était ressentie principalement à propos de la mesure de la réduction. Au cours des débats relatifs à la question de savoir si la clause pénale devait faire ou non l'objet d'une limitation légale ou judiciaire, nombreux sont ceux qui ont insisté sur le fait que la pénalité conventionnelle n'étant pas simplement une clause d'indemnisation forfaitaire mais une peine privée, puisqu'elle aurait avant tout un caractère comminatoire, le juge ne disposerait d'aucun point de repère pour procéder à la réduction de celle-ci<sup>585</sup>. En effet, comment évaluer l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution du contrat ou le montant de la peine qui est à même de dissuader le débiteur de commettre une inexécution ? Il s'agirait là de données incommensurables. Il manquerait donc tout appui au juge pour la mesure de la réduction. Ici, la référence au pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches*

<sup>582</sup> Rapp. J. THILMANY, « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé », RIDC 1980, p. 32.

<sup>583</sup> G. PAISANT, Rép. civ., v° Clause pénale, n° 83 (v. par ex. Com., 29 janvier 1991, Bull. IV, n° 43).

<sup>584</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 62 ; BAG, 5. Senat, 1.10.1963, NJW 1964, p. 123 ; BGH 8. Zivilsenat, 16.9.1974, NJW 1974, p. 2089.

<sup>585</sup> V. *Verhandlungen des zwanzigsten Deutschen Juristentages*, II. et IV. Bd., Berlin, Guttentag, 1889.

*Ermessen*) se fonde d'ailleurs entièrement dans le verbe « *ermessen* » qui signifie « mesurer », « apprécier ».

**212.** La liberté des juges a toutefois des limites. Il est communément admis qu'au vu de la fonction indemnitaire et/ou comminatoire de la clause pénale, le juge ne saurait allouer au créancier, au titre de la peine modérée, une somme d'argent inférieure au montant du préjudice subi<sup>586</sup>. Mais alors, et fort logiquement, la jurisprudence décide qu'en l'absence de préjudice causé par l'inexécution illicite du débiteur, le juge peut réduire la peine au franc symbolique, voire supprimer purement et simplement la peine convenue<sup>587</sup>. C'est dire combien la limite posée au pouvoir de réduction du juge est toute relative. Certains y voient ici une dérive dans l'exercice du pouvoir modérateur<sup>588</sup>. En effet, il est difficile d'admettre que réduire peut rimer avec supprimer<sup>589</sup>. Les voix critiques rappellent à ce titre que dans l'esprit du législateur, il s'agissait uniquement de permettre au juge de supprimer les excès engendrés par la clause pénale et non de faire totalement abstraction de la volonté contractuelle en effaçant la sanction prévue<sup>590</sup>.

**213.** Quel devrait être alors la mesure du pouvoir de réduction du juge ? Trois modèles ont été proposés par la doctrine pour guider le juge dans l'exercice de son pouvoir de révision, qui confèrent plus ou moins de liberté au juge<sup>591</sup>.

La première méthode, dite de « libre révision » permet de modérer librement le chiffre de l'indemnité, à condition toutefois de ne pas franchir la limite que constitue la valeur du préjudice réel.

La seconde, dite « d'adaptation », conduit à ajuster systématiquement l'indemnité au dommage constaté.

---

<sup>586</sup> V. les références jurisprudentielles citées par G. PAISANT, Rép. civ., v° Clause pénale, n° 83 ; V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 90.

<sup>587</sup> G. PAISANT, Rép. civ., v° Clause pénale, n° 84 ; V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 91. V. par ex. Com., 11 février 1997, RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. MESTRE ; Com., 16 janvier 1991, D. 1992, p. 365, note D. MAZEAUD.

<sup>588</sup> V. en ce sens : D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 65 ; G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 11.

<sup>589</sup> D. MAZEAUD, *ibid.*

<sup>590</sup> *Ibid.*

<sup>591</sup> Pour une description de ces trois modèles, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 263 ; Ph. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985, p. 182.

Enfin, la troisième, dite « révision à butoir », consiste à ramener le chiffre de l'indemnité au seuil de l'excès manifeste, c'est-à-dire à la limite qui n'aurait pas dû être dépassée.

La troisième méthode a sans aucun doute les faveurs de la doctrine allemande. En effet, d'aucuns soulignent que le mécanisme du pouvoir modérateur n'a pas pour objet d'opérer un véritable contrôle de proportionnalité (*echte Verhältnismäßigkeitsprüfung*). La mission du juge n'est pas de fixer la juste peine mais de la réduire à un montant qui n'apparaisse pas déraisonnable (ou disproportionné)<sup>592</sup>. Le juge doit laisser aux parties une marge de liberté pour déterminer ce qu'elles considèrent comme convenable. Autrement dit, il se doit de respecter la volonté des parties, dans la mesure où la peine est de nature contractuelle et n'a pas un caractère unilatéral<sup>593</sup>. Du reste, nous avons eu l'occasion de mentionner que le fait de « fusionner » ou d'étudier d'un seul trait les conditions légales requises pour que le juge puisse réviser la peine conventionnelle (« pénalité *disproportionnée* ») et la conséquence juridique (« réduction à un montant *convenable* ») amenait la doctrine allemande à considérer que la peine (encore tout juste) convenable se situe exactement à la limite où la peine proportionnée vire dans la disproportion<sup>594</sup>.

**214.** Notons que dans les cas où le tribunal n'a pas la possibilité de recourir au § 343 BGB, comme en matière commerciale (v. le § 348 *Handelsgesetzbuch*), il s'est servi parfois du § 242 BGB (principe de la bonne foi) pour réduire une peine conventionnelle « extrêmement disproportionnée » (*außerordentliches Missverhältnis*) par rapport à l'importance de l'« infraction » (*Zu widerhandlung*) (le manquement) commise par le débiteur. La jurisprudence a considéré ici que la peine devait être réduite à un montant qui ne justifierait pas encore une intervention du

<sup>592</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 71.

<sup>593</sup> V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 71 (« Richtigkeitsgewähr »). Dans le même sens, certains auteurs français soulignent que l'accord de volontés, réel ou de façade, à la base de l'adoption de certaines sanctions dites unilatérales (dont la clause pénale), leur donne l'« onction contractuelle » : G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 3, note 7.

<sup>594</sup> Les auteurs (majoritaires) se prévalant de cette logique relèvent toutefois son caractère controversé : v. les références citées par V. RIEBLE, in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343, n° 70.

tribunal en vertu du § 242 BGB<sup>595</sup>. Et celle-ci de préciser que la modération ne saurait aller plus loin : en particulier, il ne serait pas possible de réduire la peine à un montant « convenable » (*angemessener Betrag*) sur le fondement du § 242 BGB. En effet, le « montant convenable » est la mesure prévue par le § 343 BGB, dont l'application a été précisément exclue par le § 348 HGB. Il ne serait donc pas possible de contourner cette conséquence légale au moyen du § 242 BGB. C'est pourquoi la peine conventionnelle ne pourrait être réduite qu'à un montant paraissant encore acceptable au vu du principe de bonne foi après évaluation de toutes les circonstances du cas d'espèce<sup>596</sup>. On a vu que ce montant était supérieur au « montant convenable » au sens du § 343 BGB. Pour déterminer la hauteur de ce montant, la jurisprudence a considéré qu'on pouvait prendre comme point de repère le double du « montant convenable » au sens du § 343 BGB<sup>597</sup>.

En droit français, la question est controversée<sup>598</sup>. La Cour de cassation pour sa part n'impose pas aux juges du fond l'usage de l'une de ces méthodes<sup>599</sup>. C'est ce qui conduit la doctrine à affirmer que le juge est à peu près libre de doser l'impact en fonction de son appréciation personnelle des circonstances de l'espèce<sup>600</sup>.

En 1978, un auteur avait noté que plus de 75 % des demandes en réduction ont été jugées fondées par la cour d'appel de Paris. En outre, dans 51 espèces sur 66, la pénalité s'est trouvée réduite de moitié, ce qui lui faisait dire que « dans la grande majorité des cas, le juge ne procède pas à des ajustements, mais bien à une reconsidération quantitative notable de la peine »<sup>601</sup>.

Aussi, contrairement au droit allemand, la réduction de la clause pénale excessive est analysée sous l'angle du principe de proportionnalité, dont elle constituerait une hypothèse d'application. A ce titre, certains ont dénoté un décalage

---

<sup>595</sup> BGH 1. Zivilsenat, 17.7.2008, I ZR 168/05, n° 41 : « Die von der Beklagten verwirkte Vertragsstrafe ist deshalb auf ein Maß zu reduzieren, das ein Eingreifen des Gerichts nach § 242 BGB noch nicht rechtfertigen würde ».

<sup>596</sup> V. décision préc. : « Vielmehr ist die Vertragsstrafe nur soweit zu reduzieren, als der Betrag unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall nach dem Grundsatz von Treu und Glauben noch hingenommen werden kann ».

<sup>597</sup> *Ibid.* : « Anhaltspunkt für die Bestimmung des Betrages kann insoweit das Doppelte der nach § 343 BGB angemessenen Vertragsstrafe sein ».

<sup>598</sup> V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 263, note 354.

<sup>599</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 264.

<sup>600</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 262.

<sup>601</sup> P. NECTOUX, « La révision judiciaire des clauses pénales », JCP éd. C.I. 1978, II, 12801 (cité d'après B. JOMAIN, « La clause pénale et l'équilibre contractuel », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.), *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, Paris, LGDJ, 1983, p. 97).

entre les conditions du contrôle de proportionnalité et ses effets, pour le dénoncer : en effet, le contrôle de proportionnalité objective ne se déclenche le plus souvent qu'au-delà d'un certain seuil, de sorte que toute disproportion ne saurait être prise en considération. Celle-ci doit être, selon les cas, manifeste, excessive, etc. Mais la révision qui s'ensuit est, quant à elle, toujours entière, c'est-à-dire alignée sur la normalité objective. Autrement dit, on sanctionne uniquement une disproportion d'importance, pour restaurer une proportionnalité que l'on souhaite parfaite. Selon la critique, « une telle dissymétrie n'est pas aussi cohérente que l'on pourrait le croire »<sup>602</sup>.

**215.** Notons que le pouvoir du juge est plus strictement encadré en cas d'exécution partielle. En effet, l'article 1231 C. civ. est plus précis sur les modalités d'intervention du juge : s'il entend diminuer la pénalité, ce sera « à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier »<sup>603</sup>. La loi elle-même fixe donc la mesure de la réduction. Les avant-projets de réforme du droit des contrats d'origine doctrinale maintiennent cette précision relative au *quantum* de la réduction pour le cas particulier de l'exécution partielle<sup>604</sup>.

**216.** Quant aux rédacteurs des PDEC, ils précisent que « [le] pouvoir [du juge] a ses limites. Il doit respecter l'intention des parties de décourager l'inexécution et ne saurait donc aller jusqu'à restreindre l'indemnité au montant du préjudice effectif : le tribunal doit arrêter un chiffre intermédiaire »<sup>605</sup>. Ce faisant, ils récuse la deuxième méthode, dite « d'adaptation ». Pour autant, ils n'imposent pas au juge la méthode restrictive de la révision dite « à butoir ».

Pour terminer, l'effet du jugement rendu par le juge vient, en dernier lieu, renforcer l'idée du caractère discrétionnaire du pouvoir modérateur du juge. En effet,

---

<sup>602</sup> N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », PA 30 septembre 1998 (Actes du colloque intitulé « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », Paris, 20 mars 1998), p. 30.

<sup>603</sup> Pour un exemple de calcul, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.*, n° 264-1.

<sup>604</sup> V. art. 1383 de l'avant-projet CATALA ; art. 123 de l'avant-projet TERRÉ.

<sup>605</sup> *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003, commentaire sous l'art. 9.509, n° II, p. 419.

celui-ci n'a aucune implication majeure pour le système juridique. Fondé en équité, « il n'ambitionne pas de passer en jurisprudence, de fonder une règle de droit »<sup>606</sup>.

---

<sup>606</sup> V. J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 106 (à propos des notions à contenu variable renvoyant à l'équité).



## **CONCLUSION DU TITRE SECOND - SYNTHÈSE : UNE DISTINCTION UTILE MALGRÉ LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DANS CERTAINS CAS**

217. L'analyse de la jurisprudence et de la doctrine essentiellement allemandes relatives au pouvoir modérateur du juge à l'égard des clauses pénales a démontré les limites de la distinction entre pouvoir discrétionnaire et notion juridique indéterminée professée en droit allemand. Les difficultés éprouvées en pratique pour mettre en œuvre le dualisme ont conduit un auteur suisse à affirmer que « la distinction est dogmatiquement indispensable mais sociologiquement impraticable ! »<sup>607</sup>. Dans ce cas, « il est permis de se demander si la vocation naturelle du droit est bien de poser des principes dont tout le monde admet qu'ils sont inapplicables en pratique »<sup>608</sup>. A vrai dire, la conclusion paraît quelque peu excessive. La praticabilité d'une théorie ne se mesure pas seulement à l'aune des cas extrêmes, des cas limites<sup>609</sup>. Il est vrai qu'en pratique, la distinction entre le pouvoir discrétionnaire et les notions juridiques indéterminées est rendue difficile par deux éléments. D'une part, les notions indéterminées et les notions conférant un pouvoir discrétionnaire se caractérisent toutes deux par un contrôle limité, voire une absence de contrôle de la part des Hautes juridictions ; le contrôle effectué dans les deux cas de figure par les Cours suprêmes est donc à bien des égards identique. D'autre part, l'application de notions indéterminées tout comme l'exercice du pouvoir discrétionnaire passent bien souvent par une pondération des intérêts en présence et incitent le juge à prendre en compte les particularités des cas d'espèce. Les deux éléments sont d'ailleurs liés. De façon

---

<sup>607</sup> J.-F. PERRIN, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 221. Il est intéressant de rappeler ici les propos de Mme DE STAËL, tirés de son ouvrage *De l'Allemagne* (1810), II, chap. XXI (qui ont une portée autrement plus générale) : « (...) tout ce qui est soumis à la succession du temps ne s'explique que par le mélange des faits et des réflexions : les Allemands voudraient arriver sur tous les sujets à des théories complètes, et toujours indépendantes des circonstances, mais comme cela est impossible, il ne faut pas renoncer aux faits, dans la crainte qu'ils ne circonscrivent les idées ; et les exemples seuls, dans la théorie comme dans la pratique, gravent les préceptes dans le souvenir ».

<sup>608</sup> Ch. ATIAS, *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, n° 83, p. 158.

<sup>609</sup> Comp. dans un autre contexte E. PICARD, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg, p. 54 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)) : « le recours à un système s'analyse toujours comme une forme de simplicité, même si le système est en lui-même un peu compliqué ».

positive, on peut dire que le pouvoir discrétionnaire et les notions juridiques indéterminées engendrent tous deux une solution plus « équitable » répondant à la diversité et la multiplicité des circonstances factuelles, ce qui est une compensation non négligeable à l'insécurité juridique<sup>610</sup>. Ces éléments sont de nature à expliquer pourquoi la distinction n'est pas toujours aussi minutieusement suivie dans les faits et dans la pratique jurisprudentielle. Il est certain qu'en droit administratif, où le dualisme est né, la distinction entre le pouvoir discrétionnaire de l'administration et les notions juridiques indéterminées est plus praticable et donc plus aisée, dans la mesure où l'exercice du premier fait l'objet d'un contrôle restreint, tandis que l'application par l'administration d'une notion juridique indéterminée fait l'objet d'un contrôle intégral en principe.

**218.** Cependant, on aurait tort d'en conclure à l'inutilité de la distinction pour la matière du droit civil. Le rapprochement des notions tiré de l'absence de contrôle est trompeur. En effet, lorsque le juge applique des notions indéterminées, la Cour suprême fait preuve certes d'une grande réserve en matière de contrôle<sup>611</sup> mais celui-ci n'est nullement exclu<sup>612</sup>. Une majorité d'auteurs défend l'idée qu'il y a lieu de maintenir intégralement le principe du contrôle de toute qualification sans distinction<sup>613</sup>. La raison semble d'ailleurs logique : en faisant application d'une notion juridique indéterminée ou d'un standard juridique, il s'agit toujours pour le juge d'assurer le respect de situations légales, de pourvoir au règlement de questions de droit *lato sensu*, de maintenir en fin de compte l'ordonnancement juridique<sup>614</sup>.

---

<sup>610</sup> V. A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 17 et 809 (à propos du pouvoir discrétionnaire uniquement). Rapp. J. ESSER, « Vorwort », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 20 : « Richterermessen und Billigkeitsspielraum sind bei kontrollierter Handhabung in jeder Rechtsverfassung unentbehrliche Instrumente der Gerechtigkeit ; (...) ».

<sup>611</sup> Pour le droit de la famille, Jean CARBONNIER a fait remarquer que la Cour de cassation paraît avoir systématiquement abandonné au pouvoir souverain des juges du fond le jeu des notions à contenu variable : « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 109. Les notions imprécises permettent au juge de tenir compte dans son travail de qualification de toutes les circonstances particulières et complexes de chaque procès. Or, la Cour de cassation, à défaut de contact direct avec les faits, est mal placée pour formuler une appréciation positive utile.

<sup>612</sup> V. déjà G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Paris, Sirey, 1929, n° 134, p. 269.

<sup>613</sup> En ce sens G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Paris, Sirey, 1929, n° 119, p. 213.

<sup>614</sup> Comp. J. VAN COMPERNOLLE, « Etendue et limites des pouvoirs du juge dans le conflit familial », in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, travaux des VIII<sup>e</sup> journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, 1978, p. 573 (cité d'après F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE, F. OST (dir.), *Fonction de juge et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 53).

C'est dire que le juge ne se détermine pas en fonction de considérations de simple opportunité, qui caractérisent au contraire l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Le « dualisme » professé par la doctrine allemande a le mérite de mettre en lumière cette réalité, cette différence d'ordre méthodique. A ce titre, force est de constater que le dualisme prôné en droit allemand a déjà convaincu d'autres auteurs français. Dans sa thèse consacrée au pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire, Aude Bouveresse a condamné l'emploi indifférencié de la notion et s'est appuyé en partie sur la doctrine administrative allemande pour affirmer que « (...) les notions juridiques indéterminées présentes dans l'acte d'habilitation ne confèrent pas un pouvoir discrétionnaire, elles octroient, au mieux, une marge d'interprétation à l'acteur habilité. (...) En définitive, seule l'indétermination de l'action sur la base d'un énoncé optionnel ou partiel de la norme habilitante induit la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire »<sup>615</sup>. Plus généralement, l'approche méthodique allemande du pouvoir discrétionnaire paraît bienvenue « à un moment où le droit se sophistique de plus en plus, se gonfle de sources multiples, grandes et petites et n'est plus maîtrisé par personne »<sup>616</sup>. En effet, face à cette réalité, certains ne manquent pas de souligner l'importance de la méthodologie juridique et appellent de leurs vœux une méthodologie habitée par une rationalité ouverte, seule à même de permettre des cohérences<sup>617</sup>.

**219.** Reste à prendre parti sur le bien-fondé de la critique avancée par certains détracteurs du « dualisme » selon laquelle celui-ci aurait pour objet, sinon pour effet de masquer le phénomène d'intensification et de diversification des pouvoirs du juge civil. En droit administratif, nous avons vu que la méfiance envers le pouvoir exécutif était à l'origine du cantonnement progressif du pouvoir discrétionnaire de l'administration du côté de l'effet juridique de la norme. Il ne semble pas que l'on

---

<sup>615</sup> A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 50 et s., 161. La thèse de l'auteur se distancie toutefois de la doctrine administrative allemande du pouvoir discrétionnaire sur certains points : en premier lieu, BOUVERESSE ne partage pas l'idée que le pouvoir d'appréciation découlant des notions juridiques indéterminées se trouve uniquement localisé dans les motifs de l'acte (donc dans le présumé de la norme) et inversement que la localisation du pouvoir discrétionnaire soit cantonnée aux effets de l'acte (effet juridique). Selon l'auteur, « il paraît difficile (...) de distinguer les deux pouvoirs en fonction de leur objet » (n° 89 de la thèse). Par ailleurs, l'auteur semble assimiler la présence d'une notion juridique indéterminée à la reconnaissance (automatique) d'une « marge d'appréciation ou d'interprétation » (« Beurteilungsspielraum ») au profit de l'administration, alors qu'en droit administratif allemand, une telle « marge d'appréciation » n'est accordée que de façon exceptionnelle à l'administration puisqu'elle est synonyme de contrôle limité.

<sup>616</sup> V. Ph. BLONDEL, « Motulsky c'est une lumière, celle qui conduit, inspire et illumine » (entretien), JCP 2012, n° 3, 39, p. 74.

<sup>617</sup> *Ibid.* (pour l'auteur, la pensée méthodique de MOTULSKY est plus actuelle que jamais).

puisse en dire autant en droit civil : d'aucuns soulignent que la délimitation des espaces du pouvoir discrétionnaire du juge n'a pour objet de mettre en doute le sérieux et l'« équité » (*Fairness*) des juges<sup>618</sup>. Certes, la distinction opérée entre le (véritable) pouvoir discrétionnaire et le pouvoir conféré au juge par l'emploi de notions juridiques indéterminées circonscrit certes le domaine du premier mais n'occulte pas le rôle accru de la jurisprudence dans l'élaboration du droit positif. Au contraire, la distinction met en exergue les méthodes différentes que doit adopter le juge dans sa prise de décision sans nier le gain de liberté d'appréciation qui lui est conféré par l'emploi de notions indéterminées. Les partisans de la distinction ne nient d'ailleurs pas qu'il puisse être difficile de délimiter les deux notions en pratique<sup>619</sup>. Bien souvent, la terminologie légale ne laisse pas apparaître clairement s'il s'agit d'une notion qui invite le juge à exercer un pouvoir discrétionnaire ou d'une notion juridique indéterminée. Certains tenants de la distinction concèdent même qu'il peut exister des cas limites où le juge sera amené à exercer un pouvoir *discrétionnaire* dans l'application de notions indéterminées<sup>620</sup>. C'est le cas, on l'a vu, où le législateur a renoncé à fixer des seuils quantitatifs comme lorsqu'il fait référence à une « disproportion importante » entre les prestations réciproques, il n'existe pas de frontière arrêtée mais un espace intermédiaire à l'intérieur duquel le juge peut décider de telle ou telle façon. Ou encore, lorsque le système parajuridique auquel renvoie la notion juridique indéterminée est vague lui aussi, il subsisterait un reste indissoluble que le juge ne pourrait surmonter qu'à l'aide d'une appréciation personnelle (subjective)<sup>621</sup>. Par ailleurs, le postulat de l'unique décision juridiquement correcte en présence de notions juridiques indéterminées présuppose que les hiérarchies de valeurs sous-jacentes à l'ordonnement juridique soient encore susceptibles d'être dégagées avec netteté et, partant, de réellement déterminer le juge dans l'exercice de

---

<sup>618</sup> B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 670.

<sup>619</sup> H. WESTERMANN, *Diskussionsbeitrag, in Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p. 115.

<sup>620</sup> V. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 293 et s. ; R. HOLZHAMMER, « Das zivilrechtliche Ermessen », in *Festschrift für Hans W. FASCHING zum 65. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 229 ; H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 36 et s.

<sup>621</sup> K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6<sup>e</sup> éd., Berlin, Springer-Verlag, 1991, p. 293 et s. Cependant, l'analyse est loin de faire l'unanimité : v. les critiques formulées par R. STOFFEL, *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensentscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971, p. 48 et s. et les références citées.

ses compétences<sup>622</sup>. A défaut, le juge est alors conduit à statuer en opportunité pure et simple, ce que ne nient point les tenants du « dualisme » qui s'efforcent au contraire à relever ce qu'ils considèrent comme une anomalie<sup>623</sup>. C'est un peu dans cette démarche qu'une partie de la doctrine allemande condamne l'utilisation excessive de notions juridiques indéterminées et de clauses générales par le PCCR, dans la mesure où les finalités sociales et politiques qui présideraient aux institutions et mécanismes au sein desquels prendraient place ces notions souples ne seraient pas clairement définies et fixées. Il existe donc des cas de figure où la conviction personnelle du juge entre en (dernière) ligne de compte. On peut penser que l'appréciation retenue sera fortement influencée par la solution que le juge estimera juste et préférable. En somme, malgré ses limites, le dualisme allemand témoigne de la volonté des juristes allemands de cerner le plus précisément possible la notion de pouvoir discrétionnaire. Les travaux allemands ont le mérite d'essayer d'en définir les contours et les aspects.

---

<sup>622</sup> Comp. F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE, F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 53.

<sup>623</sup> Comp. H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 36 et s. V. également, mais sans aucun lien avec le « dualisme » allemand : F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », *op.cit.*, p. 59.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : SYNTHÈSE ET DÉFINITION ADOPTÉE POUR LA SUITE DE L'ÉTUDE

220. Il existe donc bien des recoupements entre pensée allemande et française concernant la notion de pouvoir discrétionnaire, mais ils ne concernent qu'une doctrine minoritaire. L'analyse a montré que la notion de pouvoir discrétionnaire du juge était appréhendée différemment en droits allemand et français. Une mise au point conceptuelle s'avérait donc nécessaire en vue de qualifier le plus précisément possible l'étendue des pouvoirs du juge dans les suites de l'inexécution.

221. On a vu que la doctrine française faisait de l'expression « pouvoir discrétionnaire » un usage diffus, large et souvent empreint de méfiance. Une des raisons pourrait en être que la notion a été peu étudiée en droit (civil) français, un état de fait que déplorait déjà Marty. D'où l'intérêt de se pencher sur les travaux allemands qui sont plus nombreux sur la question. Il en ressort que la doctrine allemande s'est efforcée de circonscrire davantage la notion, au point de ne retenir l'existence d'un pouvoir discrétionnaire que lorsque le juge dispose d'une liberté de choisir l'effet juridique. Or il existe très peu de normes en droit civil allemand, en particulier en droit des obligations, qui confèrent au juge une telle liberté de choix, ce qui permet à certains d'affirmer que le pouvoir discrétionnaire du juge y est quasiment inexistant. La présence du verbe « peut » dans une norme juridique est d'ailleurs interprétée aujourd'hui majoritairement en ce sens que le juge n'a pas seulement le *pouvoir*, c'est-à-dire la faculté, mais le *devoir* d'intervenir dès lors que les conditions légales sont remplies. C'est ce qu'a montré l'analyse du pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale qui est exemplaire à ce titre. Autrement dit, le pouvoir du juge allemand est principalement conçu comme un pouvoir « lié » et non facultatif.

Une telle définition du pouvoir discrétionnaire orientée vers le libre choix de l'effet juridique et non pas au critère du contrôle exercé par la haute juridiction sur la décision des juges du fond, laquelle prévaut en droit français, a ses mérites. D'une part, nous avons montré en quoi le critère du contrôle n'était pas toujours un bon

indicateur : ce dernier peut varier, évoluer avec le temps, en fonction de considérations politico-juridiques. D'autre part, une définition conceptuelle (plus substantielle) du pouvoir discrétionnaire est plus propice à la comparaison des pouvoirs du juge dans les différents systèmes juridiques. Elle permet de dépasser les problèmes de délimitation des concepts de pouvoir souverain des juges du fond et de pouvoir discrétionnaire, spécifiques au droit français. Au regard des PDEC et de la notion anglaise « Judicial discretion », définir le pouvoir discrétionnaire comme le pouvoir reconnu par les règles juridiques de prendre ou de ne pas prendre telle ou telle décision et de lui donner tel ou tel contenu qui paraîtra le plus approprié, bref le critère du libre choix selon des considérations d'opportunité, apparaît comme une sorte de dénominateur commun qu'il semble judicieux d'adopter<sup>624</sup>.

**222.** La définition (substantielle) du pouvoir discrétionnaire telle qu'elle vient d'être décrite a amené la doctrine allemande à exclure du concept de « pouvoir discrétionnaire » le pouvoir d'appréciation du juge résultant de l'application de notions-cadre ou standards. Celle-ci considère qu'en présence de notions-cadre, le juge dispose tout au plus d'une « marge d'appréciation » accrue (*Beurteilungsspielraum*) mais non d'un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*). Autrement dit, l'indétermination de la norme n'est pas considérée comme ouvrant la voie au pouvoir discrétionnaire. La doctrine allemande dissocie strictement (du moins en théorie) pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*) et notion juridique indéterminée (*unbestimmter Rechtsbegriff*), présentés comme deux techniques juridiques distinctes. En effet, on considère que l'application d'une notion juridique indéterminée ne peut conduire en principe qu'à une seule solution juridiquement exacte (le juge n'est donc pas libre de choisir) ; toute autre reposerait sur une erreur d'appréciation. De façon générale, la concrétisation des notions juridiques indéterminées est perçue comme un « acte cognitif » (*Erkenntnisakt*) et non comme un acte de volition (*Willensakt*). C'est dire que la démarche intellectuelle du juge diffère dans les deux cas, ce qui dénote l'approche méthodologique de la doctrine allemande.

Encore une fois, la dissociation effectuée entre le concept de notion juridique indéterminée (*unbestimmter Rechtsbegriff*) et le concept de pouvoir discrétionnaire

---

<sup>624</sup> En ce sens déjà, mais dans une autre perspective : A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans*

(*Ermessen*) permet à la doctrine allemande d'affirmer que le pouvoir discrétionnaire du juge constitue une exception en droit privé allemand<sup>625</sup>, contrairement au droit français. Au vu du nombre important de ces notions-cadre dans le BGB (qui trouvent leur terrain de prédilection en droit des obligations et en droit de la famille<sup>626</sup>) – au point qu'on ait pu les qualifier de trait caractéristique du BGB à la fois d'un point de vue phénoménologique et méthodique<sup>627</sup> – cette précision conceptuelle n'est pas négligeable : elle permet au juriste français de comprendre pourquoi le juriste allemand peut avoir une image plus réduite des pouvoirs de son juge civil contrairement à la perception que peut en avoir le juriste étranger. Le « dualisme » prôné en droit allemand est un élément de taille qui pourrait venir expliquer également pourquoi les standards et les clauses générales comme le § 242 BGB (consacrant le principe de la bonne foi) sont mieux acceptés en droit allemand qu'en droit français. En droit français, les notions-cadre et les clauses générales sont généralement accueillies avec beaucoup de réserve et de méfiance, en ce qu'elles sont suspectées de conférer au juge un pouvoir arbitraire. Bien souvent d'ailleurs, elles sont ressenties comme un phénomène étranger à la technique législative française traditionnelle. Or l'approche comparative livre là encore des surprises : il est apparu en effet que c'est précisément la texture « ouverte » du Code civil qui a servi de modèle à la plupart des notions-cadre et clauses générales figurant dans le livre II du BGB relatif au droit des obligations. Voilà un aspect qui est souvent ignoré par la doctrine française. Bien entendu, l'attitude différente de la doctrine française et allemande face aux notions-cadre et clauses générales n'est pas simplement liée aux concepts retenus dans les ordres juridiques respectifs, autrement dit elle ne peut se résumer à une simple affaire de vocabulaire. Elle résulte également d'autres facteurs structurels, comme la motivation des décisions de justice par exemple, dont l'importance a pu être évoquée. Il n'empêche que la divergence des concepts retenus constitue assurément une clé de compréhension.

---

*l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 30.

<sup>625</sup> H. WESTERMANN, *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955, p. 22, 25 ; B. STICKELBROCK, *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2002, p. 346.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p. 39 et 47.

<sup>627</sup> A. RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, p. 36. Comp. F. GÉNY, « La Technique législative dans la Codification civile moderne », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. II, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 1027, qui qualifie les formules vagues ou souples du BGB de « nouvel artifice de sa technique ».



**223.** A ce stade, il faut s'interroger sur l'intérêt du « dualisme » allemand pour le droit français, et plus largement sur le potentiel de rayonnement ou de réception de celui-ci en dehors du cadre national, en particulier en droit privé européen.

A première vue, le concept allemand de pouvoir discrétionnaire semble disposer d'un certain nombre d'atouts, qui sont autant de forces de persuasion : face à l'usage diffus de la notion de pouvoir discrétionnaire en droit français et en droit privé européen – on a vu qu'à ce dernier niveau, on avait recours généralement au terme anglais de « Judicial discretion » qui est moins technique – le concept allemand propose une délimitation claire du pouvoir discrétionnaire. Celui-ci a l'avantage notamment de faire prendre conscience des différents degrés de liberté dont peut jouir le juge dans l'application du droit : lorsqu'il exerce un (véritable) pouvoir discrétionnaire, on pressent bien que le juge est autrement plus libre que lorsqu'il applique une notion juridique indéterminée qui requiert de sa part un raisonnement plus juridique. Les juristes allemands disposent donc d'une grille de lecture plus raffinée et plus élaborée que leurs collègues étrangers.

Mais celle-ci est peut-être trop élaborée : comme nous l'avons mentionné, la force du « dualisme » allemand pourrait être en même temps sa faiblesse et constituer un obstacle à sa diffusion au-delà du cadre national. On rappellera ici que le concept allemand de pouvoir discrétionnaire est lié à la structure de la règle juridique puisque sa localisation est cantonnée aux effets juridiques. Inversement, le concept de notion juridique indéterminée vise théoriquement les espaces de liberté conférés au juge du côté du présumé de la règle. Ce dernier doit composer parfois avec la thèse du « Beurteilungsspielraum » qui n'a pas la même signification et la même portée en droit administratif et en droit civil. Or nous avons vu que les notions juridiques indéterminées pouvaient figurer des deux côtés de la règle juridique. Les dispositions allemande et européenne consacrant le pouvoir du juge de réduire les clauses pénales excessives sont exemplaires à ce titre. Cette réalité ajoute une difficulté supplémentaire à la mise en œuvre du dualisme en pratique : en effet, il est plus malaisé de dissocier le véritable pouvoir discrétionnaire, entendu comme la liberté de choisir l'effet juridique, et la concrétisation d'une notion indéterminée figurant du côté de l'effet juridique. L'exercice s'avère tellement délicat en pratique qu'il n'est pas étonnant que la jurisprudence civile allemande dépasse bien souvent les subtilités et les constructions doctrinales pour ne retenir en définitive que le qualificatif de

pouvoir discrétionnaire, alors même qu'il s'agirait d'une notion juridique indéterminée. C'est l'enseignement qui ressort de l'étude de la jurisprudence relative au pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale. Le constat est évidemment une porte ouverte à la critique du « doctrinarisme » dont fait l'objet le « dualisme », en droit interne même.

**224.** Le grief prend une acuité particulière dans le contexte d'eupéanisation du droit privé. En effet, si la méthode conceptuelle ou dogmatique fut l'une des forces du droit allemand au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, au point de devenir un modèle en Europe continentale, on observe aujourd'hui une tendance inverse en droit privé européen qui consiste en un retrait du dogmatisme et du nationalisme dans la pensée juridique. La remarque est intéressante au vu des rapports de compétitivité entre les systèmes juridiques allemand et français. Comme l'a très justement relevé Filippo Ranieri, ce n'est pas uniquement la technique législative ou la technique de codification du BGB qui est venue concurrencer le Code civil mais aussi et surtout l'argumentation et la méthode civiliste allemande<sup>628</sup>. Les propos de Rodolfo Sacco, qu'il cite à l'appui de sa thèse, traduisent parfaitement les raisons du déclin du modèle du Code civil : « Le vrai rival du modèle français en Europe n'est ni un code ni un législateur. L'Allemagne du XIX<sup>e</sup> siècle n'est pas soumise à un seul législateur. L'unité du droit n'existe que dans le domaine de la science. Cette science considère comme sa tâche primordiale que d'élaborer des concepts rigoureux »<sup>629</sup>. Pour Sacco, le problème central résiderait dans l'avènement d'un nouveau style d'argumentation abstrait et conceptuel au sein de la culture juridique privée en Europe continentale : « Cette méthode (méthode conceptuelle, ou dogmatique, ou systématique) fascine les esprits en Allemagne, et en dehors de l'Allemagne. Vers la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle elle conquiert l'Autriche (...) elle conquiert également l'Italie et de l'Italie se rediffuse en Espagne. Là où la méthode dogmatique arrive, l'influence de la doctrine française s'estompe. Les catégories juridiques, le système, la logique du juriste se renouvellent

---

<sup>628</sup> F. RANIERI, « 200 Jahre Code civil. Die Rolle des französischen Rechts in der Geschichte des europäischen Zivilrechts oder zum Aufstieg und Niedergang eines europäischen Kodifikationsmodells », in W. SCHUBERT, M. SCHMOECKEL (dir.), *200 Jahre Code civil : die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, Köln, Böhlau, 2005, p. 87, 112. Il existe une version abrégée de cet article en français : « L'influence du Code civil sur les codifications du 19<sup>e</sup> siècle : essor et déclin d'un modèle européen », in C. WITZ (dir.), *Le Bicentenaire du Code civil – 200 Jahre Code civil, Saarbrücker Kolloquium zum 50-jährigen Bestehen des CJFA*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 55 et s. V. en ce sens également R. STÜRNER, « Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik », JZ 2012, p. 16 et s. (avec d'autres références).

»<sup>630</sup>. Aujourd'hui, il semble que nous assistions à un mouvement inverse, privilégiant une approche plus pragmatique et moins conceptuelle en vue d'établir un droit commun (européen) des contrats susceptible de fédérer les diverses traditions juridiques. Les PDEC de la Commission Lando en sont un exemple topique<sup>631</sup> : le style de rédaction qui les caractérise est proche du style législatif français. Les rédacteurs ont sciemment adopté un langage simple, destiné à être compris des citoyens et ont renoncé à établir des règles trop détaillées. C'est dire que le modèle de pensée français, soucieux de pragmatisme, a une carte à jouer et pourrait regagner en influence. Concernant l'analyse des pouvoirs du juge toutefois, il ne semble pas que le droit français puisse servir de modèle. L'acception française de la notion de pouvoir discrétionnaire apparaît trop restreinte si l'on s'en tient à la définition retenue par la Cour de cassation (l'absence de motivation de la décision) ou trop péjorative si l'on s'en tient à la définition retenue par la majorité de la doctrine. En effet, l'amalgame couramment effectué entre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire ne cadre pas vraiment avec la confiance dont bénéficie le juge dans les instruments d'harmonisation du droit des contrats. En témoignent notamment les multiples notions-cadre insérées dans les règles modèles proposées.

**225.** Dans ce choc entre pensée dogmatique et pensée pratique, il est peu probable que le « dualisme » allemand s'impose. D'autant moins qu'on peut lui reprocher un certain caractère autarcique<sup>632</sup>. Cela n'enlève rien à ses mérites qui seront mis à profit dans la suite de notre étude<sup>633</sup>. Dans le pays de Gény, dont on sait qu'il craignait beaucoup les constructions théoriques qui enferment le juriste

---

<sup>629</sup> V. TAHC, *La circulation du modèle juridique français*, Journées franco-italiennes, Litec, 1994 (cité d'après F. RANIERI, *op. cit.*).

<sup>630</sup> *Ibid.*

<sup>631</sup> *Contra* F. RANIERI, *op. cit.*, qui voit, au contraire, dans les PDEC une preuve supplémentaire du déclin du Code civil. L'auteur s'appuie sur le fait que la plupart des spécificités du droit français des contrats, comme la cause, n'ont pas été repris par les PDEC. Or il s'agit là d'aspects matériels (relatifs au contenu du droit) qui n'ont aucun lien avec le caractère pragmatique du Code civil.

<sup>632</sup> Tout en louant les mérites du dogmatisme allemand, certains auteurs étrangers n'ont pas manqué de dénoncer son caractère inaccessible pour les juristes étrangers et de déplorer que les discussions n'aient lieu bien souvent qu'entre juristes allemands : v. S. TROIANO, « Die Generalklausel in Kontinentaleuropa : Erwartungen an die deutsche Rechtswissenschaft – Dogmatik », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 81 et s.

<sup>633</sup> On verra en particulier que la doctrine allemande joue un rôle prépondérant dans la précision du contenu des diverses clauses générales ou notions juridiques indéterminées, dans l'élaboration de critères d'application à destination des juges. C'est ici que la dogmatique allemande fait figure de modèle à l'échelle du droit privé européen et qu'il joue un rôle moteur : très net sur ce point également S. TROIANO, *ibid.*

dans des dogmes sans liens avec la réalité sociale<sup>634</sup>, le « dualisme » pourrait justement faire l'objet de ce reproche. En droit privé européen (des contrats) s'ajoutent des obstacles spécifiques. On a vu que l'absence de principes directeurs du droit des contrats clairement définis privait le juge de directives d'interprétation dans la mise en œuvre des notions juridiques indéterminées, ce qui relativisait ce faisant le postulat de l'unique décision juridiquement correcte. Plus généralement, c'est la conception de l'acte d'interprétation comme acte de connaissance qui se voit remis en question aujourd'hui et qui vient fragiliser les assises du « dualisme ». Le constat invite à formuler une dernière observation : le « dualisme » qui repose sur des considérations méthodiques – la démarche intellectuelle du juge – trouve logiquement un terrain particulièrement fertile en Allemagne puisque c'est le pays qui dispose d'une théorie de l'interprétation particulièrement élaborée depuis Savigny et dont l'application par les juges est facilement observable en raison de la motivation détaillée des décisions de justice allemandes. Or celle-ci est « menacée » au même titre que le dualisme à l'échelle du droit privé européen. Certains auteurs allemands n'ont pas manqué de souligner en effet que dans l'élaboration d'une méthode commune (européenne) d'interprétation, jugée nécessaire en vue d'assurer une interprétation uniforme des règles modèles proposées, les juristes allemands seraient contraints par la force des choses de se défaire des subtilités de leur méthode d'interprétation au profit d'une méthode plus élémentaire<sup>635</sup>.

**226.** Pour terminer, on notera que, par delà les critiques de la « doctrine » allemande du pouvoir discrétionnaire, son analyse était nécessaire dans un travail de réflexion sur les pouvoirs du juge en matière d'inexécution du contrat. En effet, la compréhension des modèles contractuels respectifs passe nécessairement par une analyse approfondie de l'expression « pouvoir du juge ». Cette première partie a souligné qu'il y avait « pouvoir » et « pouvoir » : passer sous silence les diverses

---

<sup>634</sup> V. C. THOMASSET, « Epilogue : l'actualité de François Gény et son œuvre », RTD civ. 2010, p. 279 et s. L'auteur retranscrit certains passages de l'œuvre de Gény que nous reproduisons à notre tour : « (...) il serait vain de prétendre enchaîner toutes les solutions requises par la vie, en un système de théorèmes précis et que dominerait la logique pure. Tout en cherchant une précision indispensable, il ne faut pas perdre de vue, que la nature même des problèmes à résoudre laissera toujours une place nécessaire à l'appréciation subjective de l'interprète. Il suffit, que cette appréciation subjective soit contenue en des lignes essentielles, et guidée, dans son action, par des éléments supérieurs, empruntés à l'ordre objectif ».

<sup>635</sup> V. H. FLEISCHER, « Europäische Methodenlehre : Stand und Perspektiven », Max Planck Private Law Research Paper n° 11/12, Online Publication in Social Science Research Network (<http://ssrn.com/abstract=1922689>) ou la version anglaise : « European Legal Methodology – Current Position and Future Perspectives », *RabelsZ* 2011, p. 700 et s.

acceptions du pouvoir discrétionnaire en droits français et allemand reviendrait à fausser dès le départ toute analyse comparative.

Après avoir dévoilé et dissipé les malentendus entourant cet instrument de mesure des pouvoirs du juge qu'est la notion de pouvoir discrétionnaire, on peut s'attacher désormais à évaluer la part faite à ce pouvoir dans le domaine de l'inexécution du contrat, dans les systèmes juridiques respectifs. Concrètement, il s'agit de mesurer l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge dans les suites de l'inexécution du contrat.

On a vu que sur l'échelle des grandeurs, le pouvoir discrétionnaire marque le degré le plus extrême et le plus libre du pouvoir d'appréciation du juge. Selon la définition que nous avons adoptée, il s'entend en effet du pouvoir donné au juge de choisir (librement) entre deux ou plusieurs décisions également conformes à la légalité, selon des considérations d'opportunité (« simple faculté »). Il s'oppose ainsi au pouvoir dit « lié » du juge, qui oblige celui-ci à prendre une certaine mesure dès lors que les conditions légales sont remplies (« devoir »). Ici, le pouvoir d'appréciation du juge est, si l'on peut dire, à son point nul<sup>636</sup>. Entre ces deux extrêmes, la notion allemande du *Beurteilungsspielraum* liée au concept de notion juridique indéterminée fait figure en quelque sorte d'intermédiaire : partant du postulat qu'une seule solution est juridiquement possible, elle signifie que le juge dispose d'une certaine « marge d'appréciation », ce qui ne l'autorise toutefois pas à juger en opportunité, ce dernier devant procéder à un raisonnement juridique, objectif. C'est dire combien l'étendue du pouvoir d'appréciation du juge est variable. Il convient à présent d'en déterminer l'exacte mesure dans les suites de l'inexécution.

---

<sup>636</sup> L'intensité zéro du pouvoir d'appréciation du juge doit s'entendre ici comme « modèle pur » facilitant la présentation pédagogique.

## DEUXIÈME PARTIE - LES POUVOIRS DU JUGE DANS LES SUITES DE L'INEXÉCUTION

---

**227.** L'inexécution du contrat peut avoir plusieurs suites. Celles-ci sont communément appréhendées sous le terme de sanction en droit français et sous le terme de remède en droit allemand et européen.

L'expression de « suites de l'inexécution » a le mérite de la neutralité. Par définition, une « suite » est ce qui vient après quelque chose. En l'occurrence, ce « quelque chose » est l'inexécution du contrat. Les suites de l'inexécution renvoient donc aux conséquences de l'inexécution du contrat.

En raison de sa neutralité, l'expression permet d'appréhender certains mécanismes qui ne constituent à proprement parler ni une sanction de l'inexécution en droit français, ni un remède à l'inexécution en droit allemand. C'est le cas du délai d'exécution : il s'agit d'un délai accordé au débiteur défaillant pour l'exécution de sa prestation. Cette mesure vient tout sauf « sanctionner » le débiteur qui se voit attribuer ici une certaine faveur et elle ne constitue pas un remède offert au créancier mais plutôt un « remède » offert au débiteur qui se voit accorder une dernière chance d'exécuter avant que le créancier ne mette en œuvre d'autres remèdes plus conséquents. Le délai d'exécution n'apporte pas moins une réponse à l'inexécution du contrat, faisant suite à celle-ci.

**228.** Parmi les sanctions de l'inexécution du contrat, la doctrine française distingue bien souvent entre celles qui contribuent à régler le sort du contrat et celles qui ont pour objet de fixer le sort du débiteur<sup>1</sup>. On considère en effet que les sanctions

---

<sup>1</sup> V. J. DEPREZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, *op. cit.*, p. 28 et s. ; P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, spéc. p. 107 et 115 ; et de façon légèrement modifiée : P. GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, *op. cit.*, p. 104 ; D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques

de l'inexécution ont globalement deux grandes fonctions<sup>2</sup>. D'une part, traiter le contrat frappé par l'inexécution : c'est la fonction essentielle de la résolution, de la réfaction (révision), de la suspension ou encore de l'exécution forcée en nature. D'autre part, s'occuper des contractants, et plus spécialement du débiteur défaillant : en le condamnant à réparer le dommage causé à son cocontractant, et/ou en lui infligeant une peine privée.

La distinction entre les deux catégories de sanctions est particulièrement marquée dans certains avant-projets de réforme du droit français des obligations qui ont choisi de détacher les dommages-intérêts contractuels des règles gouvernant l'inexécution du contrat, pour les fondre dans un ensemble unique de règles relatives à la responsabilité civile<sup>3</sup>.

**229.** Il y aurait certainement quelque intérêt à appréhender cette deuxième catégorie de sanctions, en particulier le pouvoir qu'a le juge de fixer le *quantum* des dommages-intérêts, sous l'angle de la notion du pouvoir discrétionnaire. En effet, la doctrine française n'hésite pas à dénoncer de façon récurrente un certain arbitraire des juges en la matière : en effet, le juge du fond bénéficie d'un pouvoir souverain d'appréciation, aussi bien pour apprécier la forme de la réparation pécuniaire – rente ou capital – que pour en apprécier le montant<sup>4</sup>. Or précisément, l'ampleur des non-dits et de l'implicite dans les décisions du juge a pu conduire à considérer que l'avancée des connaissances en la matière proviendrait certainement au premier chef d'une approche sociologique, c'est-à-dire d'une meilleure connaissance des pratiques concrètes des acteurs du droit, et non d'une étude des règles, pratiquement inexistantes<sup>5</sup>.

---

tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, *op. cit.*, spéc. p. 240 et 250.

<sup>2</sup> V. en particulier P. GROSSER, « L'ordonnement des remèdes », art. préc., p. 104.

<sup>3</sup> C'est le cas de l'avant-projet CATALA qui règle les dommages-intérêts dans un paragraphe 2 (« Les dommages-intérêts », art. 1370-1377) d'une section 1 (« Principes ») d'un chapitre III (« Des effets de la responsabilité ») du sous-titre III (« De la responsabilité civile »). Notons que cette démarche rejoint l'approche doctrinale traditionnelle : la réparation (en argent ou en nature) est rattachée à la théorie générale de la responsabilité civile qui fait l'objet d'un enseignement spécifique, distinct de celui de la matière contractuelle.

<sup>4</sup> V. notamment P. JOURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 269 ; J.-S. BORGHETTI, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, *op. cit.*, n° 18, p. 266.

<sup>5</sup> C'est la conclusion que tire J.-S. BORGHETTI, dans son art. préc., n° 31, p. 272. Sur l'absence de directives précises en la matière et le large pouvoir qui en découle pour le juge, v. également G. ALPA, « Réflexions sur le dommage contractuel. Philologie, conceptualisme et problèmes d'harmonisation du droit », RIDC 2011, p. 761.

**230.** Notre étude s'intéressera donc à la première catégorie de sanctions, celles relatives au sort du contrat. Il s'agit là d'un terrain d'étude privilégié des rapports de pouvoir existant entre le juge et les parties au contrat.

Quatre mesures méritent une attention particulière : l'exécution forcée en nature, le délai d'exécution, la révision du contrat et sa résolution. Elles renvoient, chacune à leur manière, à la question fondamentale des pouvoirs du juge face au lien contractuel.

L'exécution forcée en nature concerne l'*imperium* du juge : si son intervention est ici nécessaire, est-il pour autant asservi par le lien contractuel au point de devoir automatiquement prêter son *imperium* au contrat, pour contraindre à son exécution<sup>6</sup> ? (titre I)

Le délai d'exécution et la révision du contrat renvoient tous deux au pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat : le principe de la force obligatoire du contrat empêche-t-il le juge de porter secours au contrat ou à l'une des parties en difficultés ? (titre II)

La résolution du contrat invite quant à elle à revenir sur le monopole traditionnel du juge en matière de sanction et à s'interroger sur son (éventuel) abandon (titre III).

**231.** L'étendue des pouvoirs du juge dans les suites de l'inexécution dépend à la fois du pouvoir d'intervention du juge et de sa marge de liberté détenue en ce cas. C'est donc au vu de chaque sanction que nous définirons l'exacte mesure du pouvoir d'appréciation du juge.

Par-delà les spécificités propres à chacune des sanctions, il semble que les pouvoirs du juge soient fonction de certains choix généraux, révélateurs de certaines tendances générales. On les envisagera à titre préliminaire.

---

<sup>6</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 38.



## CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - TENDANCES GÉNÉRALES

232. Des études ont déjà relevé combien il était délicat d'apporter une réponse globale homogène à la question de savoir qui, du créancier ou du juge, est maître du choix de la sanction<sup>7</sup>. En effet, le pouvoir d'appréciation du juge est plus ou moins grand selon la sanction demandée. En l'absence de « principes directeurs » de la sanction, qui viendraient insuffler une orientation, encadrer la réaction du droit pour qu'elle ne soit pas le fruit d'un arbitraire d'une partie ou d'un juge<sup>8</sup>, et en l'absence d'une hiérarchie légale des sanctions de l'inexécution<sup>9</sup>, les solutions apportées par le droit français sont souvent l'œuvre de la jurisprudence. Or, à ce titre, on a pu se demander si le juge ne jouait pas de la technique juridique comme le peintre de sa palette de couleurs, mais un peintre qui aurait choisi de rompre avec la beauté classique<sup>10</sup>. En effet, « nulle harmonie ici, mais une pure casuistique et un très grand désordre »<sup>11</sup>. Pour un même type de sanction, le juge s'estime parfois lié par la demande du créancier, parfois non. Dans certains cas, le principe dit de proportionnalité l'emporte, dans d'autres le juge s'en passe. Parfois encore, le juge s'exclut du jeu des sanctions, parfois il y revient en force.

C'est dire combien les solutions retenues sont bien souvent l'expression de choix de politique juridique essentiels<sup>12</sup>, sinon d'une politique jurisprudentielle<sup>13</sup>,

---

<sup>7</sup> V. en particulier D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 235 et s. ; M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, t. I, n° 334 ; S. LE GAC-PECH, « La direction de la sanction », PA 9 mars 2009, p. 3 et s. (l'article a été publié aussi in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, op. cit., p. 123 et s.)

<sup>8</sup> V. S. LE GAC-PECH, « La direction de la sanction », PA 9 mars 2009, p. 3 et s. Pour un même constat à propos du droit (spécial) de la garantie des vices cachés, v. du même auteur, « Petite leçon en matière de garantie des vices cachés », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2012, PA 18 janvier 2013, p. 7 et s.

<sup>9</sup> Sur ce constat, v. la riche analyse de P. GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes », art. préc., n° 19, p. 118 et D. TALLON, art. préc., n° 39, p. 235.

<sup>10</sup> V. Ch. JAMIN, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, op. cit., n° 19, p. 16 (dont l'étude n'est pas limitée aux sanctions de l'inexécution du contrat).

<sup>11</sup> *Ibid.* Pour un même constat, à un niveau plus général, v. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, op. cit., spéc. n° 65 et s. Pour remédier à la profusion des sanctions légales ainsi qu'à leur juxtaposition chaotique, cet ouvrage collectif suggère notamment de dégager des types de sanction soumis à des types d'encadrement plus ou moins stricts.

<sup>12</sup> La dimension politique des sanctions a été soulignée également par Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n° 2 ; C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche

qu'il n'est pas toujours aisé de discerner. Des auteurs ont clairement identifié certains choix qui ont un impact direct sur l'étendue des pouvoirs du juge dans le jeu des sanctions de l'inexécution du contrat<sup>14</sup>.

Le premier a trait à la fonction des règles relatives à l'inexécution : ces règles ont-elles pour but de sanctionner le comportement fautif du débiteur ou de satisfaire les attentes légitimes des parties, spécialement du créancier ? La terminologie utilisée traduit bien souvent la direction empruntée par les systèmes juridiques respectifs.

Le second concerne plus directement le rôle que l'on veut faire jouer au juge dans le contrat : doit-il s'efforcer de faire prévaloir l'intention des parties ou, au contraire, leur imposer des solutions plus conformes à ce qui est considéré comme juste ou utile ?

On analysera successivement l'importance des mots (section I) et des valeurs (section II) sur les pouvoirs du juge dans les suites de l'inexécution.

## **SECTION I - DE LA « SANCTION » AUX « REMÈDES » ET « DROITS » : L'IMPORTANCE DES MOTS**

**233.** Un bref regard en dehors de la matière française de l'inexécution du contrat suffit pour prendre conscience de la diversité des termes qui viennent qualifier les mesures faisant suite à l'inexécution du contrat. C'est d'ailleurs en raison de sa neutralité que nous avons choisi l'expression des « suites de l'inexécution » pour intituler cette deuxième partie.

Jusqu'à présent, nous avons envisagé ces « suites » sous le terme de sanction (de l'inexécution), qui est le terme le plus usité en droit français<sup>15</sup>. Or, celui-ci est peu

---

collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, op. cit., n° 32 et s.

<sup>13</sup> V. à ce titre G. CANIVET, N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in *Mélanges en l'honneur de Jacques BORÉ, La création du droit jurisprudentiel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 79 et s., qui définissent la politique jurisprudentielle comme le chemin suivi par la jurisprudence dans un domaine particulier ou sur une question spécifique. Il s'agit donc des choix effectués par celle-ci.

<sup>14</sup> V. en particulier M. LAMOUREUX, th. préc., t. I, n° 333 ; S. LE GAC-PECH, « La direction de la sanction », art. préc., p. 3 et s.

utilisé en droit allemand des obligations<sup>16</sup> où les divers mécanismes offerts au créancier lésé sont le plus souvent appréhendés sous les termes de conséquence juridique (*Rechtsfolge*), moyen de recours ou remède (*Rechtsbehelf*), ou de droit (*Recht* : v. le § 437 BGB<sup>17</sup>). Dans les codifications savantes européennes, les mêmes mécanismes sont désignés sous le vocable anglais de *remedy*, qui est traduit en langue française par « moyen » ou par « remède ».

Le constat invite à se demander si les dénominations respectives n'impliquent pas déjà une certaine direction concernant les pouvoirs respectifs du juge et du créancier dans la détermination des suites à donner à l'inexécution.

On verra que l'approche dite « remédiale » (*remedial approach*) adoptée par les projets de droit européen des contrats n'est pas neutre au regard des pouvoirs du juge (§ 1) et tend à s'imposer dans les systèmes juridiques nationaux avec des incidences parfois distinctes (§ 2).

### § 1. L'IMPACT DU CHANGEMENT TERMINOLOGIQUE

**234.** D'une façon générale, l'approche « remédiale » caractérise un certain modèle de traitement de l'inexécution qui s'accompagne d'une certaine déculpabilisation de l'inexécution du contrat (A) et qui redistribue les rôles entre le juge et les parties (B).

---

<sup>15</sup> Comp. *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, TAHC, t. XVII, 1968 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc. ; F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, op. cit. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, n° 235 et s., qui opère une répartition tripartite des sanctions de l'inexécution du contrat (celles qui visent à l'exécution du contrat, celles qui visent à son anéantissement, et celles qui visent à réparer les dommages causés par l'inexécution du contrat).

<sup>16</sup> V. toutefois H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, n° 26 et s. (« vertragsrechtliche Sanktionen ») ; U. HUBER, « Schadensersatz statt der Leistung », AcP (210) 2010, p. 320.

<sup>17</sup> Le § 437 BGB est intitulé « Droits de l'acheteur en cas de défauts » (*Rechte des Käufers bei Mängeln*). Il fait écho à l'art. 3 de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, intitulé « Droits du consommateur ».

## **A. UNE CERTAINE DÉCULPABILISATION**

**235.** De prime abord, il semble délicat de distinguer les termes de « sanction » et de « remède ». La difficulté provient de ce que les deux termes ne sont pas exempts d'ambiguïtés étant donné qu'ils ne font pas l'objet d'une définition bien arrêtée<sup>18</sup>.

Les deux termes peuvent ainsi être considérés comme les deux faces d'une même réalité : ce qui apparaît comme une sanction aux yeux du débiteur constitue un remède pour le créancier. *Remedy* – littéralement : le remède – relève de la métaphore médicale<sup>19</sup>. Au sens figuré, il signifie la solution<sup>20</sup>.

La notion de « sanction » recèle une ambivalence bien connue : tantôt elle s'entend d'une sanction-conséquence, objective et neutre, tantôt d'une sanction-punition<sup>21</sup>.

Il est certain que lorsqu'on entend la sanction de manière objective, comme la mesure de nature juridique prise en conséquence de l'inexécution d'une obligation contractuelle<sup>22</sup>, les différences sont ténues. Il n'y a alors qu'une simple question de perspective<sup>23</sup>.

**236.** En revanche, l'aspect punitif de la sanction est souvent mis en avant par ceux qui considèrent que les termes de sanction et de remède sont connotés, en ce sens qu'ils révèlent une certaine orientation : « Dans un cas, on poursuit une finalité répressive en condamnant le débiteur défaillant, dans l'autre, on privilégie l'intérêt du créancier en vue de lui procurer une satisfaction »<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> Pour un tel constat, à propos du terme de « sanction » : v. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », art. préc., n° 9, p. XVIII. Pour un constat équivalent, concernant le terme « remedy » : v. H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 252.

<sup>19</sup> V. *Le Robert & Collins Senior, Dictionnaire français-anglais – anglais-français*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 6<sup>e</sup> éd., 2002, v° Remedy.

<sup>20</sup> *Ibid.*

<sup>21</sup> V. l'analyse édifiante d'A. BÉNABENT, « Sanction et réparation », rev. Justice & Cassation 2005, p. 91.

<sup>22</sup> C'est la définition de la sanction retenue par Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n° 4, p. 11. Notons que l'ouvrage collectif, dirigé par C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, consacré aux sanctions en droit contemporain, *op. cit.*, définit la sanction comme « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique » (n° 13, p. XXII).

<sup>23</sup> Comp. U. HUBER, *ibid.* : « Als "Sanktion" oder, vom Gläubiger aus betrachtet, als "Rechtsbehelf" wird hier jede für den Schuldner nachteilige Rechtsfolge bezeichnet, die die Rechtsordnung mit diesem Tatbestand [Nichterfüllung] verknüpft ».

<sup>24</sup> S. LE GAC-PECH, « La direction de la sanction », PA 9 mars 2009, p. 3 ; la même, « Vers un droit des remèdes », PA 4 décembre 2007, p. 7 et s. V. en ce sens déjà A. TUNC, préf. du *Code de commerce uniforme*

En toute rigueur, la finalité répressive de la sanction peut venir justifier que la plupart des mesures apportées en cas d'inexécution soient judiciaires, du moins étroitement contrôlées par le juge. Cette logique est remise en cause par l'approche « remédiale » adoptée par les projets de droit européen des contrats.

D'autant plus que la plupart des remèdes apportés à l'inexécution du contrat ne nécessitent aucune faute de la part du débiteur. C'est le cas notamment de la résolution (unilatérale) qui peut s'appliquer indifféremment en cas d'inexécution fautive ou non fautive : ici, le caractère de la sanction est refoulé à la faveur d'un droit plus absolu du créancier à sa libération<sup>25</sup>.

## ***B. UNE REDISTRIBUTION DES RÔLES ENTRE LE JUGE ET LES PARTIES***

**237.** Les termes de « remède » et de « sanction » témoignent respectivement d'un traitement privatisé et étatique de l'inexécution du contrat.

Force est de constater en effet que les remèdes prévus par le droit allemand ou les PDEC sont largement extrajudiciaires, entre les mains du créancier, tandis que les sanctions du droit français sont largement judiciaires.

**238.** Le prononcé de la sanction va souvent de pair avec le choix de celle-ci.

En France, où le prononcé de la sanction est conçu traditionnellement comme le monopole du juge, le choix de la sanction est laissé largement à son appréciation.

A l'inverse, en Allemagne ou dans les PDEC, où la « sanction » est actionnée par les parties, c'est à elles que revient principalement le choix de celle-ci, le juge n'effectuant qu'un contrôle à la marge. D'où cette idée que le système des « remèdes » viendrait favoriser le créancier au détriment du débiteur<sup>26</sup>.

---

*des Etats-Unis*, trad. C. LAMBRECHTS, Paris, A. Colin, 1971, spéc. p. 17 (cité d'après Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 7, note 104).

<sup>25</sup> S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », in *Droit des contrats. France, Belgique, Bruxelles*, Paris, Larcier, LGDJ, 2005, p. 91 et s.

<sup>26</sup> Comp. R. SEFTON-GREEN, « Breach of contract : signification et conséquences en droit anglais », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat, op. cit.*, p. 33 : « L'accent est tout de suite mis sur les remèdes, ce qui signifie que l'on peut et veut améliorer la situation du créancier afin de pallier l'inexécution ».

Le système français repose sur une conception étatique et démocratique de la justice ; les systèmes allemand et européen tendent à une plus grande « responsabilisation » des parties<sup>27</sup>.

C'est tellement vrai qu'en Allemagne, le traitement judiciaire des difficultés d'exécution est considéré comme antinomique par rapport au traitement privé (autonome) des difficultés d'exécution, et par-là incompatible avec celui-ci. On considère généralement que lorsqu'une prérogative de sanction est dévolue aux parties, le juge en est privé automatiquement.

C'est dire qu'il ne saurait y avoir de parallélisme entre ces deux modes de traitement de l'inexécution. Ainsi, par exemple, si le créancier est en droit de résoudre le contrat par voie de notification (unilatérale), le juge ne saurait disposer en même temps de cette même prérogative, c'est-à-dire du pouvoir de résoudre le contrat.

On voit combien le système des « remèdes » vient inverser les rôles respectif du juge et des parties en matière d'inexécution.

Par delà ces grandes lignes générales, l'approche « remédiale » affecte différemment les droits ici étudiés.

## **§ 2. COMPARAISON DES DROITS**

**239.** L'expression « remedial approach » recouvre parfois diverses réalités. Il convient d'analyser sa signification en droit européen (A) et son impact spécifique en droit allemand (B) et en droit français (C).

### **A. DROIT EUROPÉEN**

**240.** L'expression « remedial approach » revêt plusieurs acceptions. Ainsi, Denis Tallon y a recours pour caractériser la démarche de la Commission Lando, qui

---

<sup>27</sup> Les juristes allemands y voient même un principe général commun au droit allemand et aux instruments internationaux et européens de droit des contrats : v. V. RIEBLE, in *Staudinger BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 47 (« fundamentales Rechtsprinzip der vertragsrechtlichen Eigenverantwortung »).

a consisté à traiter d'abord de l'exécution et de l'inexécution du contrat avant d'envisager la phase de formation du contrat. Comme l'a fait observer l'auteur : « Il avait été décidé d'adopter au départ une approche inspirée de la Common Law (« remedies precede rights ») et de commencer par l'exécution et l'inexécution du contrat, jugées plus importantes car c'est à ce moment que les difficultés surgissent, et peut-être aussi plus faciles à rédiger. Puis viendrait l'étude de la formation, de la validité et de l'interprétation du contrat »<sup>28</sup>.

**241.** Dans un sens plus technique, contenu implicitement dans la remarque formulée par Denis Tallon, le terme anglais *remedy* désigne un recours et renvoie ainsi au domaine de la procédure<sup>29</sup>. Il s'agit là d'une particularité du droit anglo-saxon. Sans pouvoir entrer dans les détails de la *common law*, rappelons que le concept des remèdes s'explique par sa genèse en tant que système d'actions. A l'origine, les droits subjectifs ne donnaient lieu à une réalisation effective que s'il existait un *writ*, une forme déterminée d'action (*form of action*), permettant de déclencher la procédure<sup>30</sup>. Ainsi, le demandeur devait toujours annoncer au début du procès sur lequel des 70 ou 80 types d'actions en justice (*forms of action*) il faisait reposer sa requête<sup>31</sup>. Bien que le système des *writs* fut abrogé suite aux *Judicature Acts* de 1873/75, les juristes anglais n'ont pas cessé de réfléchir au droit en termes d'actions comme ils le faisaient auparavant<sup>32</sup>. C'est ainsi que les « remèdes » apportés en cas d'inexécution sont distincts des droits primaires (substantiels) (*primary rights*) qu'ils ont pour objet de protéger<sup>33</sup>. Cette distinction transparaît dans la fameuse formule : « remedies precede rights » ou encore dans l'adage : « no remedy, no right »<sup>34</sup>. Or, réfléchir en termes de *remèdes* plutôt qu'en termes de *droits* directement invocables en justice n'est pas neutre : cela influe sur le fond du droit.

<sup>28</sup> D. TALLON, « Les travaux de la Commission Lando », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, op. cit., p. 121.

<sup>29</sup> Le Robert & Collins Senior, *Dictionnaire français-anglais – anglais-français*, op. cit., v° Remedy.

<sup>30</sup> V. M.-Ph. WELLER, « Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich », JZ 2008, p. 768 ; H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, op. cit., p. 174 et s. (et les références citées).

<sup>31</sup> J.-F. GERKENS, *Droit privé comparé*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 140.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> Comp. G. H. TREITEL, *The Law of Contract*, 11<sup>e</sup> éd., 2003, p. 1014 et s. (cité d'après M.-Ph. WELLER, art. préc., note 79, p. 768) : « The action for price is not available merely because the duty to pay the price has arisen. The contract specifies the duties of the parties, but the law determines their remedies ».

<sup>34</sup> V. A. BLOMEYER, *Types of Relief Available (Judicial Remedies)*, IECL, vol. XVI, n° 7, p. 4.

En particulier, les « remèdes », qui ne constituent pas à proprement parler le prolongement des droits primaires, ne naissent pas directement avec la formation du contrat mais dépendent d'un certain nombre de conditions spécifiques. Or, il va sans dire que plus les conditions d'existence d'un « droit » sont nombreuses, plus le juge est amené à intervenir pour apprécier si elles sont remplies.

**242.** Les projets de droit européen des contrats font de l'inexécution du contrat le point de départ de tous leurs remèdes, à l'instar du droit anglo-saxon<sup>35</sup>. Le droit à l'exécution forcée en nature ne fait pas exception : il présuppose que soit établie à tout le moins l'inexécution du contrat<sup>36</sup>. Cette logique « remédiale » est particulièrement nette à propos de l'exécution forcée en nature des obligations *monétaires* : en effet, les projets européens posent comme condition supplémentaire que le créancier ait exécuté sa propre obligation (l'obligation réciproque pour laquelle le paiement sera dû)<sup>37</sup>. Cette logique est au désavantage du créancier dans la mesure où il lui incombe la charge de la preuve de tous ces éléments<sup>38</sup>.

Il ne faut donc pas s'y tromper lorsque les auteurs des PDEC écrivent : « The failure to perform may give the other party – the aggrieved party – certain *rights* against the defaulting party. (...) All these rights are here called remedies »<sup>39</sup>. Les droits dont il est question ne sont pas des droits directement issus du contrat. La nuance intéresse essentiellement le « droit » à l'exécution forcée en nature.

Il est vrai que l'on peut s'interroger sur la pertinence de la distinction entre la catégorie des droits et celle des remèdes<sup>40</sup>. En effet, là où il existe des restrictions pour obtenir une décision ordonnant l'exécution forcée en nature, il y a bien une

---

<sup>35</sup> D'où la fameuse expression *Remedies for breach of contract*, v. par ex. G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press, 1988 ; R. SEFTON-GREEN, « Breach of contract : signification et conséquences en droit anglais », art. préc., p. 33 : « La question des remèdes est associée à celle de la *breach* ». Comp. en droit français S. LEGAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », PA 4 décembre 2007, p. 7 et s. : « Un recentrage pourrait être opéré en fondant le droit aux remèdes sur l'inexécution du contrat. Plus qu'un regard subjectif sur le comportement du débiteur afin de le qualifier ou non de fautif, mieux vaut retenir le simple constat de l'inexécution pour déclencher le jeu des remèdes ».

<sup>36</sup> Très explicite sur ce point : U. HUBER, « Schadensersatz statt der Leistung », art. préc., p. 321, note 2. V. les art. 8.101, 9.101, 9.102 PDEC et les art. III.-3.101, III.-3.301, III.-3.302 PCCR.

<sup>37</sup> V. les art. 9.101 (2) PDEC et III.-3.301 (2) PCCR.

<sup>38</sup> C'est un point sur lequel insiste à juste titre M.-Ph. WELLER, « Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich », JZ 2008, p. 769, 771 et s., pour qui cette favorisation du débiteur semble peu justifiée au regard du fait qu'il s'est soumis délibérément au contrat.

<sup>39</sup> O. LANDO, « Non-Performance (Breach) of Contracts », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 2004, p. 506 (nous soulignons).

<sup>40</sup> V. O. REMIEN, « Enforced Performance in European Contract Law – The Story of the Poor Banabans and the Hope for Happier Europeans », in K. BOELE-WOELKI, F. W. GROSHEIDE (dir.), *The Future of European Contract Law, Essays in honour of E. Hondius*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 325.



limitation du droit du créancier en cas d'inexécution ou, en d'autres termes, une divergence entre le droit et le remède<sup>41</sup>. La question est plutôt de savoir pourquoi il devrait en être ainsi<sup>42</sup>. Idéalement, le remède devrait être dans la mesure du possible le reflet du droit<sup>43</sup>.

## **B. DROIT ALLEMAND**

**243.** *A priori*, on pourrait penser que le modèle allemand de traitement de l'inexécution est similaire au modèle européen, dans la mesure où la plupart des moyens de recours prévus par le droit allemand sont aussi de nature extrajudiciaire.

Une analyse plus approfondie révèle toutefois que l'approche « remédiale » adoptée par les instruments européens a bien affecté à la fois la forme (1) et le fond (2) du droit allemand des troubles dans l'exécution (*Leistungsstörungenrecht*).

### **1. L'impact sur la forme du droit**

**244.** Concernant la forme d'abord, le législateur allemand de 2002 a montré tout l'intérêt qu'il portait au droit européen et international des contrats en adoptant une approche « remédiale » du droit des troubles dans l'exécution des obligations.

Comme nous l'avons mentionné dans l'introduction, en recomposant la matière de l'inexécution autour du nouveau concept unitaire de « violation d'obligation » (*Pflichtverletzung*), les auteurs de la réforme ont opéré un changement de paradigme : le nouveau droit allemand des troubles dans l'exécution des obligations est désormais articulé autour des « remèdes » (*Rechtsbehelfe*) apportés en cas d'inexécution et non plus autour des différentes formes que peut prendre l'inexécution.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 325 et s.

Ici, l'approche « remédiale » est significative simplement d'une certaine démarche, d'une certaine structure de la matière de l'inexécution jugée plus satisfaisante et conforme au standard international<sup>44</sup>.

## 2. L'impact sur le fond du droit

**245.** Sur le fond cette fois, la différence entre le modèle anglo-saxon, adopté par les codifications savantes européennes, et le modèle allemand des droits primaires directement invocables, caractéristique de la famille romano-germanique, se mesure essentiellement à l'aune de l'exécution forcée en nature<sup>45</sup>.

**246.** En droit allemand, la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) a clairement énoncé que le droit du créancier de demander l'exécution (forcée) en nature découlait du contrat même<sup>46</sup>. Elle a précisé qu'il avait un autre fondement et qu'il dépendait d'autres conditions que les droits prévus par la loi en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par le débiteur<sup>47</sup>.

Concrètement, cela signifie que pour obtenir l'exécution (forcée) en nature de l'obligation, le créancier a simplement à rapporter la preuve de la conclusion du contrat. La Cour rejoint en cela les enseignements de la doctrine majoritaire qui voit dans ce raisonnement le parachèvement de la conception « volontariste » du contrat : la seule volonté concordante des parties fait naître des droits (directement) invocables en justice<sup>48</sup>.

**247.** Il est intéressant de noter qu'une doctrine minoritaire estime cependant qu'en ayant adopté une approche « remédiale » de l'inexécution, le législateur de

---

<sup>44</sup> V. J. SCHMIDT-RÄNTSCH, « Zehn Jahre Schuldrechtsreform », ZJS 3/2012, p. 304 : « Dem internationalen Standard entspricht es, nur noch auf die Pflichtverletzung abzustellen (...) ».

<sup>45</sup> V. sur ce point la riche analyse de M.-Ph. WELLER, « Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich », art. préc., p. 764 et s.

<sup>46</sup> BGH 5. Zivilsenat, 20.1.2006, V ZR 124/05, NJW 2006, p. 1198, pt. 20 : « Der Anspruch auf Erfüllung beruht auf anderen Grundlagen und hat andere Voraussetzungen als die gesetzlichen Ansprüche aus Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Schuldner ; die weitere Verfolgung des Erfüllungsanspruchs kann daher der Ausübung der gesetzlichen Rechte auf Grund einer Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Schuldner nicht gleichgestellt werden (...). *Das Recht des Gläubigers, Erfüllung zu verlangen, ergibt sich aus dem Vertrag selbst.* Zur Ausübung dieses Rechts bedarf es keiner besonderen Erklärung des Gläubigers, und sein Bestehen schließt die sich aus dem fruchtlosen Ablauf einer Nachfrist ergebenden Möglichkeiten des Gläubigers nicht aus, Schadensersatz statt der Leistung zu verlangen oder von dem Vertrag zurückzutreten (...) » (nous soulignons).

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> V. M.-Ph. WELLER, art. préc., p. 767.

2002 aurait mis fin à la primauté de l'exécution (forcée) en nature qui serait devenue un (simple) remède parmi d'autres en cas de « violation d'obligation » avérée<sup>49</sup>. Détachée de l'obligation d'effectuer une prestation (*Leistungspflicht*), l'exécution forcée en nature serait devenue un remède autonome et indépendant des autres remèdes à l'inexécution<sup>50</sup>.

Ce faisant, on aurait donc abandonné la conception historique du BGB selon laquelle l'obligation de réparer le préjudice moyennant des dommages-intérêts ne représente que la continuation de l'obligation originaire<sup>51</sup>, autrement dit l'idée que l'exécution en nature et les dommages-intérêts pour inexécution ne sont que différents aspects du droit de créance unitaire (*einheitliches Forderungsrecht*)<sup>52</sup>.

Tirant les conséquences de la restructuration du droit des troubles dans l'exécution autour des différents remèdes, les auteurs considèrent que la « violation de l'obligation » serait la condition de tous les remèdes, y compris du droit à l'exécution forcée en nature<sup>53</sup>. Ils s'appuient en cela sur la logique qui a cours dans les instruments internationaux et européens de droit des contrats.

**248.** On remarquera qu'en détachant structurellement le remède des droits primaires issus directement du contrat, on admet plus aisément que son contenu ne soit pas le reflet exact de ces derniers. L'« exécution corrective » constitue un bel exemple à ce titre.

Comme nous le verrons plus loin, c'est en droit allemand (de la vente) que s'est posée avec le plus d'acuité la question de l'étendue et des limites du droit à l'« exécution corrective » (*Nacherfüllung*) sous forme de remplacement ou de réparation de la chose défectueuse. Cette question a d'ailleurs été transmise à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sous forme de question préjudicielle<sup>54</sup>.

---

<sup>49</sup> V. en ce sens P. SCHLECHTRIEM, M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, n° 465 et s. ; M. SCHMIDT-KESSEL, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 8. Aufl., Köln, Luchterhand, 2013, § 241, n° 23 et § 275, n° 1.

<sup>50</sup> M. SCHMIDT-KESSEL, *ibid.* V. également l'analyse de U. HUBER, « Schadensersatz statt der Leistung », art. préc., p. 331, selon laquelle la source du droit à l'exécution forcée en nature ne résiderait pas dans le contrat (la promesse) mais dans la loi.

<sup>51</sup> Comp. F. RANIERI, « La notion allemande de troubles dans l'exécution », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>52</sup> C'est un point souligné par H. STOLL, « Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen », *JZ* 2001, p. 590.

<sup>53</sup> M. SCHMIDT-KESSEL, in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, *op. cit.*, Vor §§ 275 ff., n° 5.

<sup>54</sup> V. CJUE, 16 juin 2011, C-65/09 (*Weber*) et C-87/09 (*Putz*), et notre note publiée aux PA, 30 novembre 2011, p. 6 et s.

On s'est interrogé précisément sur la question de savoir si le vendeur d'un bien défectueux était tenu, au titre de l'« exécution corrective » sous forme de remplacement, de procéder lui-même à l'enlèvement du bien non-conforme et à l'installation du bien remplacé, du moins à en supporter les frais, dans l'hypothèse où l'acheteur aurait déjà installé, de bonne foi, le bien défectueux à un endroit conforme à sa nature et à l'usage recherché.

Traditionnellement, on répondait à cette question par la négative en droit allemand pour la simple raison que l'« exécution corrective », considérée comme le prolongement du droit à l'exécution en nature originale, celle-ci devrait conférer à l'acheteur l'objet même de la prestation qui était prévue au contrat, ni plus ni moins. Autrement dit, l'« exécution corrective » ne pouvait amener à imposer au vendeur des obligations non prévues par le contrat. Ainsi, l'idée d'un parallélisme nécessaire entre le contenu du droit à l'exécution en nature originale et le contenu du droit à l'« exécution corrective » justifiait une vision restrictive de l'étendue du droit à l'« exécution corrective ».

La CJUE a pris le contre-pied de cette analyse en procédant à une interprétation extensive de l'« exécution corrective » : elle a jugé en effet que l'obligation de remplacement imposait au vendeur, soit de procéder lui-même à l'enlèvement du bien défectueux du lieu où il a été installé, de bonne foi, par le consommateur (acheteur) et d'y installer le bien de remplacement, soit de supporter les frais nécessaires à cet enlèvement et à l'installation du bien de remplacement, tout en soulignant que « cette obligation du vendeur existe indépendamment du point de savoir si celui-ci s'était engagé, en vertu du contrat de vente, à installer le bien de consommation acheté initialement »<sup>55</sup>. Certains auteurs allemands en ont déduit que l'« exécution corrective » (sous forme de remplacement) constituait ainsi un véritable remède à l'inexécution, distinct du droit à l'exécution en nature originale<sup>56</sup>.

---

<sup>55</sup> CJUE, 16 juin 2011, C-65/09 (*Weber*) et C-87/09 (*Putz*), pt. 59. Selon la Cour, « En effet, si le contrat de vente détermine, selon l'art. 2 de la directive, la conformité de ce bien et donc, notamment, ce qui constitue un défaut de conformité, il n'en reste pas moins que, en cas d'existence d'un tel défaut, *les obligations du vendeur découlant de la mauvaise exécution de ce contrat résultent non seulement de celui-ci, mais surtout des règles relatives à la protection des consommateurs et, en particulier, de l'art. 3 de la directive, lesquelles imposent des obligations, dont l'étendue est indépendante des stipulations dudit contrat et qui peuvent, le cas échéant, excéder celles prévues par ce dernier* » (nous soulignons).

<sup>56</sup> V. en particulier M. STÖBER, « Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer », ZGS 2011, p. 350.

### C. DROIT FRANÇAIS

**249.** Nombreux sont les auteurs français qui adoptent désormais également le terme de « remède » à la place de celui de « sanction » de l'inexécution du contrat<sup>57</sup>. Doit-on y voir là un simple effet de mode, sans incidence sur le fond du droit, ou bien une volonté de refonder la matière de l'inexécution ?

La lecture des projets de réforme du droit français des contrats invite à retenir la deuxième alternative.

**250.** En dépit des incertitudes qui l'affectent, le terme de sanction apparaît bien centré sur l'autorité publique que cristallise l'autorité judiciaire. Par ailleurs, sans voir forcément dans le terme de sanction l'idée de punition, de peine, il faut reconnaître que celle-ci vise néanmoins à corriger un écart de comportement avec une connotation morale certaine<sup>58</sup>. C'est ce qui pourrait venir expliquer une focalisation du droit français sur la personne du débiteur<sup>59</sup>.

Comme nous l'avons vu, ce sont précisément ces deux aspects que vient bousculer l'approche « remédiale ». Or celle-ci est adoptée en toute connaissance de cause par certains projets de réforme.

L'avant-projet Terré est exemplaire à ce titre. Ses auteurs exposent en effet que le groupe de travail se propose de donner clairement pour fonction au règlement de l'inexécution la satisfaction des attentes légitimes des parties<sup>60</sup>. En cela, il serait soucieux d'offrir aux parties, « plutôt que des “sanctions” de cette faute civile particulière qu'est l'inexécution, des “remèdes” à l'inexécution ; l'ensemble des

---

<sup>57</sup> V. à titre exemplaire P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. Paris I, 2000 ; B. FAGES, Etude 368- L'inexécution du contrat – Typologie des remèdes, Paris, *Lamy Droit du contrat*.

<sup>58</sup> Comp. A. GARAPON, I. PAPADOPOULOS, *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et common law*, Paris, Odile Jacob, 2003, p. 62.

<sup>59</sup> A côté de la conception française du contrat, consensuel, envisagé sous l'angle du débiteur de l'obligation, qui doit exécuter : v. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 12 et s.

<sup>60</sup> Ph. RÉMY, « L'inexécution du contrat », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 254.

moyens offerts, en cas d'inexécution, pouvant être conçu dans cette perspective "remédiale" »<sup>61</sup>.

**251.** C'est dire l'influence de l'« approche remédiale » sur l'évolution des sanctions de l'inexécution. En effet, « C'est l'analyse même de l'inexécution qui est en jeu : elle ne se cantonne pas au constat d'une faute du débiteur mais vise l'observation selon laquelle le créancier n'a pas reçu l'avantage prévu. Dès lors l'inexécution conduit à se préoccuper en premier lieu de la satisfaction de ce dernier. Sur la base de ce postulat, les sanctions contractuelles pourraient être, dans un sens extensif, l'ensemble des remèdes destinés à corriger l'inexécution et ses effets. La volonté de punir le débiteur s'efface devant la volonté d'assurer l'efficacité du contrat et la satisfaction des intérêts des contractants. (...) »<sup>62</sup>.

Cette déculpabilisation de l'inexécution du contrat s'accompagne bien d'une redistribution des rôles entre le juge et les parties. Ainsi que le formule un membre du groupe Terré, « (...) [l'article 97] expose l'ensemble des remèdes offerts en cas d'inexécution en les présentant comme des prérogatives laissées en principe au choix de la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté<sup>63</sup> – à la différence de la matière délictuelle, où c'est le juge qui choisit la réparation adéquate »<sup>64</sup>.

A l'heure actuelle, où l'inexécution du contrat est envisagée comme une faute civile particulière, la logique de la responsabilité civile a tendance à prendre le dessus sur la logique contractuelle concernant le régime des sanctions de l'inexécution du contrat.

Selon une logique que l'on doit beaucoup aux frères Mazeaud et qui a encore cours aujourd'hui, l'inexécution du contrat est considérée comme la source d'une obligation nouvelle, distincte de l'obligation contractuelle primitive : l'obligation

---

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 254 et s.

<sup>62</sup> M. HERAIL, « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, p. 64 et s. V. dans le même sens, R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, *op. cit.*, n° 227. On retrouve là exactement la philosophie sous-jacente aux *remedies* anglais : v. à ce titre l'art. préc. de R. SEFTON-GREEN, p. 33 et s. : « (...) l'accent est mis sur le droit du créancier (*claimant-based*) et non sur le comportement du débiteur (*defendant-based*). Ceci est révélateur du droit anglais : la *breach* est un acte neutre. On ne moralise pas le comportement du débiteur, on essaie de remédier aux conséquences pour le créancier de l'obligation »).

<sup>63</sup> V. dans le même sens les auteurs des PDEC : *Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>64</sup> Ph. RÉMY, « L'inexécution du contrat », art. préc., p. 256.

pour le débiteur, pour l'auteur du dommage, de réparer le préjudice subi<sup>65</sup>. A ce titre, on enseigne que si la première naît de la volonté commune des parties, l'autre existe en dehors d'elles.

A ce stade, il n'est donc « plus question de faire respecter la volonté des parties contractantes, puisque l'obligation originaire s'est éteinte à la suite de la faute du débiteur : il s'agit, cette fois, de réparer le préjudice causé par cette faute »<sup>66</sup>, ce qui confère un rôle prédominant à la volonté du juge<sup>67</sup>.

Dans cette logique, les sanctions (exceptée l'exécution forcée en nature) n'apparaissent nullement comme un « effet des obligations », comme le suggère pourtant le Code civil<sup>68</sup>.

## SECTION II - L'ESPACE DE LIBERTÉ LAISSÉ AU JUGE : L'IMPORTANCE DES VALEURS

**252.** Deux principes semblent séduire aujourd'hui les juges, la doctrine et même le législateur : le juste (§ 1) et l'utile (§ 2). On sait que Jacques Ghestin propose depuis fort longtemps de les ériger au rang de principes fondamentaux de la théorie générale du contrat<sup>69</sup>. L'idée fondamentale exprimée par l'auteur est que le contrat aujourd'hui repose non pas sur le principe de l'autonomie de la volonté, mais sur celui d'utilité sociale et de justice (commutative).

---

<sup>65</sup> H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, t. 1<sup>er</sup>, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1965, n° 100, p. 105.

<sup>66</sup> P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préf. I. MOREAU-MARGRÈVE, Liège, Kluwer, 1993, n° 124, p. 164.

<sup>67</sup> Pour une critique véhémente d'un tel raisonnement, qui a cours parfois en droit allemand sans être en tout point identique, v. Th. ACKERMANN, « Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831 », JZ 2003, p. 1156 : « Die dahinter stehende Vorstellung, daß man sich auf der "Sekundärebene" der vertraglichen Haftung eine interpretatorische Freiheit nehmen darf, die man auf der "Primärebene" des Erfüllungsanspruchs nicht hat, verkennt, daß es auch auf der "Sekundärebene" nur um die Verwirklichung des Erfüllungsinteresses geht, wie es die Parteien privatautonom definiert haben » ; « (...) Wer die Sekundäransprüche durch "Fortdenken" des Parteiwillens vom vertraglich bestimmten Erfüllungsinteresse löst, schafft ein *Instrument richterlicher Deziision, dessen schädliche Folgen für die Privatautonomie hier nicht ausgemalt werden können* » (nous soulignons). Pour résumer, l'auteur considère que même au niveau « secondaire » de la responsabilité contractuelle, il y va de la réalisation de l'« intérêt à l'exécution » (*Erfüllungsinteresse*), appelé aussi l'intérêt positif, que les parties contractuelles ont défini librement. Selon lui, détacher les droits « secondaires » de l'intérêt positif défini par le contrat au moyen d'une interprétation complétive (de la volonté des parties), c'est créer un instrument de décision judiciaire préjudiciable à l'autonomie privée.

<sup>68</sup> Comp. également F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Précis Dalloz, 2009, n° 440, p. 459, qui qualifient le droit à l'exécution, aux dommages-intérêts et à la résolution de *droits nés du contrat*.

<sup>69</sup> V. J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron., p. 1 et s., spéc. p. 3.

On dépassera ici l'analyse de l'auteur, qui s'attache essentiellement à caractériser le fondement de la force obligatoire du contrat, pour s'intéresser à l'impact de ces principes ou valeurs<sup>70</sup> sur l'espace de liberté du juge. Tous deux conduisent en effet à un certain dépassement de la volonté des parties au contrat, en conférant au juge un large pouvoir d'appréciation.

Encore doit-on préciser ce que nous entendons par « juste » et « utile ». Là encore, nous nous éloignons de la pensée originaire de Ghestin. L'idée du « juste » renvoie au mouvement de moralisation du droit en général, et des suites de l'inexécution en particulier, c'est-à-dire à la prise en compte d'éléments moraux, tels que la bonne foi. Quant à la notion de l'« utile », celle-ci renvoie moins à l'utilité sociale qu'à l'utilité économique, que l'on désigne fréquemment par l'expression d'efficacité économique.

**253.** Les deux valeurs font bien souvent figure de principes antagonistes. En effet, elles poursuivent des finalités radicalement différentes.

Cela n'exclut pas certains recoupements, donc une certaine convergence, en pratique. En effet, certaines solutions peuvent se réclamer à la fois d'un impératif moral et d'un souci d'efficacité, donc d'un argument économique<sup>71</sup>.

**254.** La rencontre possible du juste et de l'utile se mesure parfaitement à l'aune des restrictions apportées au droit à l'exécution forcée en nature, qui seront l'objet d'un examen plus ample par la suite. En effet, la règle qui dispose que le principe de l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles est écarté « si son coût est manifestement déraisonnable » peut donner lieu à deux interprétations différentes. « On peut, d'une part, y déceler la trace d'une exigence d'éthique contractuelle, en ce sens que lorsque l'exécution forcée en nature est « extrêmement onéreuse pour le débiteur », on peut légitimement se demander s'il n'est « pas alors abusif de la part du créancier de l'exiger alors qu'une condamnation à des dommages-intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit ». Mais, on peut, d'autre part, découvrir dans cette règle l'empreinte de

---

<sup>70</sup> C'est le qualificatif que leur attribue également J. GHESTIN : v. « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 90.

<sup>71</sup> V. en ce sens également C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit*



l'analyse économique du droit, et plus précisément, de la théorie de la "violation efficace", théorie en vertu de laquelle, en bref, la parole donnée ne vaut d'être respectée que si le débiteur y trouve intérêt et peut ne pas être respectée si celui-ci y met le prix »<sup>72</sup>.

### **§ 1. LE JUSTE : LA MORALISATION DES SUITES DE L'INEXÉCUTION**

**255.** Les notions souples de bonne foi, d'équité, de proportionnalité ou de raisonnable constituent les vecteurs d'une moralisation du droit, qui touche également la phase d'inexécution du contrat et ses suites. Celles-ci entraînent une judiciarisation de la matière (A) qui se traduit concrètement dans le pouvoir qu'a le juge d'interférer dans le choix du créancier, en refusant la mise en œuvre d'un remède (B).

#### **A. LE MOUVEMENT DE MORALISATION DES SUITES DE L'INEXÉCUTION ET LA JUDICIARISATION SUBSÉQUENTE**

**256.** La doctrine décèle depuis quelques décennies un mouvement de moralisation en droit des contrats, qui s'étend aux suites de l'inexécution<sup>73</sup>. Par moralisation, on entend toute prise en considération d'éléments moraux par le droit, au premier rang desquels se trouve la bonne foi, appelée aussi loyauté contractuelle<sup>74</sup>. Dans sa conception objective, la bonne foi est en effet perçue comme le moyen de moraliser les rapports contractuels, de tempérer les inégalités que pouvait créer le dogme de l'autonomie de la volonté<sup>75</sup>.

*contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, op. cit., n° 46, p. XLV (qui se demandent si le souci d'efficacité ne prévaut pas en définitive).

<sup>72</sup> D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats », *La lettre de France*, (2010) 44 RJT 243, p. 256.

<sup>73</sup> V. D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., p. 254 et s., qui voit dans la moralisation de la sanction une tendance lourde. La réflexion de l'auteur dépasse les seules sanctions de l'inexécution du contrat.

<sup>74</sup> Envisagées dans leur fonction de « norme de comportement », la bonne foi et la loyauté peuvent être prises comme synonymes : v. *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence*, Paris, Société de législation comparée, 2008, v° Bonne foi, p. 250 et s. (« la distinction semble finalement plus dogmatique que pratique »).

<sup>75</sup> V. *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence*, op. cit., p. 215, d'où il ressort que dans son acception subjective, la bonne foi vise plus spécialement à protéger la croyance erronée d'une partie, à donner effet à l'apparence créée.

**257.** Comme l'expose la Commission Lando, le but du concept de bonne foi est de promouvoir des standards collectifs de correction, de loyauté et de caractère raisonnable dans les transactions économiques<sup>76</sup>.

La proposition récente d'un droit commun européen de la vente (DCEV) a érigé la bonne foi et la loyauté au rang de principes généraux (v. l'art. 2 de l'annexe I), traduisant cette tendance générale à la moralisation du droit<sup>77</sup>. Cette « philosophie » s'applique également aux suites de l'inexécution comme en témoigne le considérant 33 de la proposition qui énonce que « Le droit commun européen de la vente devrait retenir des *solutions équilibrées, tenant compte des intérêts légitimes des parties, pour la qualification et la mise en oeuvre des moyens d'action en cas d'inexécution du contrat*. Dans les contrats entre professionnels et consommateurs, le système des moyens d'action devrait tenir compte du fait que la non-conformité des biens, contenus numériques ou services relève de la responsabilité du professionnel »<sup>78</sup>. Certains auteurs n'ont pas hésité à y voir un principe général sous-jacent<sup>79</sup>.

**258.** L'impact concret qu'a le principe de bonne foi sur les suites de l'inexécution est particulièrement net dans les PDEC.

En matière d'inexécution, le principe posé à l'article 1.201 va jusqu'à influencer la nature des remèdes<sup>80</sup>. C'est ainsi que l'impératif de bonne foi donne au débiteur le droit de corriger une exécution défectueuse avant l'échéance (v. l'art. 8.104 PDEC)<sup>81</sup>.

Le plus souvent, le principe de la bonne foi assigne des limites aux divers moyens mis à la disposition du créancier. Comme l'ont souligné les rédacteurs, la bonne foi est requise également de la partie qui réclame l'exécution en cas de défaillance du cocontractant<sup>82</sup>. Plusieurs moyens sont ainsi limités par le respect de ce

---

<sup>76</sup> V. *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., commentaire II sous l'art. 1.201, p. 72.

<sup>77</sup> V. *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente*, Bruxelles, COM(2011) 635 final, publiée le 11.10.2011.

<sup>78</sup> Nous soulignons.

<sup>79</sup> V. en ce sens C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », JCP 2011, n° 50, 1376.

<sup>80</sup> V. M. HERAIL, « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles », art. préc., p. 65.

<sup>81</sup> V. *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., commentaire I sous l'art. 1.201, p. 72.

<sup>82</sup> *Ibid.*, commentaire IV sous l'art. 1.201, p. 74.

qui est convenable et raisonnable en affaires<sup>83</sup>. C'est le cas de l'exécution forcée en nature qui est exclue si cette exécution devait comporter pour le débiteur des efforts ou des dépenses déraisonnables (v. l'art. 9.102)<sup>84</sup> ou encore de la résolution qui n'est pas possible pour toute inexécution, mais seulement lorsque celle-ci est essentielle (v. l'art. 9.301)<sup>85</sup>.

C'est dire combien l'exercice du choix de la sanction par le créancier est encadré par ce principe de la bonne foi<sup>86</sup>.

**259.** Or on sait que derrière ce principe, il y a le juge. Le mouvement de moralisation des suites de l'inexécution s'accompagne donc d'une certaine judiciarisation de la matière de l'inexécution.

Il est intéressant de noter que si la doctrine française n'a de cesse de dénoncer les effets néfastes que peut avoir le principe de la bonne foi sur la loi contractuelle des parties, elle n'hésite pas à appeler de ses vœux un tel interventionnisme judiciaire pour contrôler les prérogatives unilatérales de sanction, dont on se méfie encore<sup>87</sup>.

Dans l'ensemble, le mouvement de moralisation des suites de l'inexécution tend à rapprocher les droits<sup>88</sup>. En effet, le juge exerce un droit de regard toujours plus important à l'intérieur même des systèmes juridiques qui ont opté pour un traitement privatisé de l'inexécution.

---

<sup>83</sup> *Ibid.*, vue d'ensemble, p. 35. La bonne foi est fréquemment associée au caractère raisonnable défini à l'art. 1.302 PDEC : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes *ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel*. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées » (nous soulignons).

<sup>84</sup> V. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire I sous l'art. 1.201, p. 72.

<sup>85</sup> *Ibid.*, vue d'ensemble, p. 35.

<sup>86</sup> V. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, vue d'ensemble, p. 36 : « En cas d'inexécution, il importe de donner au créancier la plus grande liberté pour choisir le moyen qui lui convient le mieux, *sous réserve du respect du principe de bonne foi déjà mentionné* » (nous soulignons).

<sup>87</sup> Comp. Com., 10 juillet 2007 (Société Les Maréchaux), Bull. IV, n° 188 : « 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 ».

<sup>88</sup> Sur l'impact des principes généraux, tels que la bonne foi, sur le rapprochement des droits, v. de façon plus générale G. CANIVET, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », RIDC 2003, p. 14 et s.

## **B. LE POUVOIR DU JUGE DE REMETTRE EN CAUSE LE CHOIX DU CRÉANCIER**

260. Qu'il s'agisse de la bonne foi ou des notions voisines d'équité, d'abus de droit, de proportionnalité ou de raisonnable, le juge s'en sert comme d'un instrument de justice contractuelle, notamment pour apprécier les résultats auxquels conduit l'exercice des divers remèdes à l'inexécution<sup>89</sup>.

Elles lui confèrent le pouvoir de remettre en cause le choix du créancier, en refusant la mise en œuvre d'un remède.

La plupart des projets de droit européen des contrats marquent la volonté de ne pas abandonner la détermination du contenu de ces notions à la discrétion du juge.

Ainsi, par exemple, tel qu'il est défini à l'article 1.302 PDEC<sup>90</sup>, le caractère raisonnable repose sur des critères objectifs : le juge doit apprécier le raisonnable en fonction d'éléments objectifs, tels que la nature et le but du contrat ou encore les usages et les pratiques de la profession.

Mais qu'elles soient plus ou moins objectivables, ces notions marquent en tout état de cause une certaine évolution du droit qui consacre une diminution du rôle de la volonté et une recherche de la conciliation des éléments subjectifs et objectifs du contrat<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> V. sur ce point D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », art. préc., n° 42, p. 236 (à propos de la bonne foi) ; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, préf. G. COUTURIER, Paris, LGDJ, 1989, p. 165-195, qui a pu déceler ce qu'il appelle une « obligation de tolérance » du créancier à l'égard de son cocontractant défaillant. *Adde Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence, op. cit.*, v° Bonne foi, p. 222 (et les références citées).

<sup>90</sup> Article 1.302 PDEC : « Doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées ».

<sup>91</sup> D. TALLON, « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », *Conferenze e Seminari 15. Reproduced with permission of Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M. J. BONELL* (consultable sur <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon1.html>). Sur cette conflictualité de l'objectivation et de la subjectivation dans le régime du contrat, v. également la profonde analyse de Th. REVET, « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 83 et s., spéc. p. 94 (qui considère, pour sa part, que si la mobilisation actuelle des standards de bonne foi, d'abus, etc. sont à première vue un signe supplémentaire de l'objectivation du contrat, en réalité, elles tentent de (re)trouver une intention des parties désormais déterminée au vu du comportement des parties plutôt qu'à partir de la recherche, souvent divinatoire, de la volonté pure des contractants. En cela, il y aurait un renouveau du processus de subjectivation).

**261.** L'ampleur de l'emprise du juge dépend ici de l'acceptation des notions : plus les critères retenus sont larges et plus les droits du créancier d'exercer tel ou tel remède sont relatifs.

Si dans tous les systèmes juridiques, le juge est ainsi amené à exercer un certain contrôle judiciaire du choix de la sanction opéré par le créancier, l'étendue exacte de ce contrôle peut varier fortement d'un système à l'autre. Selon les cas, il peut s'agir d'un simple contrôle à la marge, visant à chasser l'excès manifeste<sup>92</sup>, ou d'un véritable contrôle de l'opportunité de la sanction mise en œuvre par le créancier.

La notion de pouvoir discrétionnaire (du juge) s'avère ici fort utile. En effet, contrairement à la notion de « pouvoir modérateur » du juge qui renvoie, selon les écrits et les affinités respectives des auteurs, aussi bien à la première hypothèse qu'à la seconde<sup>93</sup>, la notion de « pouvoir discrétionnaire », qui désigne spécifiquement le pouvoir détenu par le juge de choisir une mesure selon des considérations d'opportunité, ne recoupe que la seconde hypothèse. Elle permet donc une analyse plus précise de l'étendue des pouvoirs du juge.

Comme l'a parfaitement relevé un auteur, globalement, le mouvement de moralisation de la matière contractuelle s'est traduit par une approche plus factuelle du contrat<sup>94</sup>. « Et de la sorte, en valorisant la place du fait dans la relation contractuelle, l'idée de justice a, paradoxalement, facilité l'arrivée, dans les années 1990, de la notion d'efficacité. Car, à partir du moment où le contrat a donné ainsi toute sa part au fait, l'utilitarisme, le pragmatisme ont eux-mêmes à leur tour essayé de gagner la sphère contractuelle, sous l'influence sans doute d'une finance rayonnante, mais, plus généralement, de nos amis anglo-saxons »<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> Comp. Ph. LE TOURNEAU, M. POUMARÈDE, Rép. civ., v° Bonne foi, n° 89.

<sup>93</sup> V. par ex. J. ROCHFELD, « La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne », in R. SCHULZE (dir.), *New Features in Contract Law*, München, Sellier, 2007, p. 199 (« (...) un grand pouvoir d'appréciation, dit "pouvoir modérateur", est laissé au juge, qui lui permet de choisir la mesure la plus appropriée ») ; G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 5 (« Nul pouvoir modérateur du juge, nulle exigence de proportionnalité de la sanction : un simple contrôle de l'excès manifeste »).

<sup>94</sup> J. MESTRE, « Rapport de synthèse », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, op. cit., p. 90.

<sup>95</sup> *Ibid.*

## **§ 2. L'UTILE : L'IMPÉRATIF D'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE**

**262.** Dans son sens ordinaire, le terme efficace désigne la réalisation de l'effet attendu. Dans le discours économique, le terme d'efficacité a un sens technique et s'entend d'un état de l'économie où aucune réallocation des ressources ne permettrait d'améliorer le bien-être collectif, tous les gains possibles d'échange ayant été réalisés<sup>96</sup>. Ainsi, pour les tenants de l'efficacité économique du droit, le droit doit poursuivre un but utilitariste qui consiste à promouvoir l'allocation la plus efficace possible des ressources et des richesses<sup>97</sup>. Pris en son sens économique, le terme d'efficacité renvoie bien souvent aux « besoins du marché »<sup>98</sup>.

L'expression d'efficacité économique recouvre diverses réalités. On distingue essentiellement deux formes d'efficacité : d'un côté, une efficacité dite « destructrice » du lien contractuel et de l'autre, une efficacité dite « salvatrice » du contrat<sup>99</sup>.

Les deux phénomènes influent sur l'étendue des pouvoirs du juge mais en sens inverse. Tandis que le premier conduit à l'effacement du juge dans le jeu des suites de l'inexécution (A), le second favorise l'interventionnisme du juge dans le contrat (B).

### **A. EFFICACITÉ ET EFFACEMENT DU JUGE DANS LE JEU DES SUITES DE L'INEXÉCUTION**

**263.** La logique d'efficacité économique commande qu'en cas de difficultés d'exécution de ses obligations par le débiteur, le créancier puisse avoir recours à des solutions faciles et peu coûteuses à mettre en œuvre<sup>100</sup>. Or rapidité et certitude de la

---

<sup>96</sup> E. MACKAAY, « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, op. cit., p. 31.

<sup>97</sup> D. MAZEAUD, « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, n° 2, p. 68.

<sup>98</sup> *Ibid.* (avec d'autres références).

<sup>99</sup> Sur cette distinction, v. J. MESTRE, « Rapport de synthèse », art. préc., p. 90 et s.

<sup>100</sup> G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 3.

solution exigent qu'elle soit extrajudiciaire, c'est-à-dire unilatérale<sup>101</sup>. On est là en pleine perspective « remédiale ».

**264.** Les PDEC sont exemplaires à ce titre : ce sont bien des arguments d'efficacité économique qu'invoquent les auteurs pour justifier le choix de la résolution unilatérale du contrat<sup>102</sup>. Non sans avoir relevé au préalable que « plus un moyen est facile à mettre en œuvre, plus il y a de chances qu'il pousse le débiteur à s'exécuter »<sup>103</sup>. Selon l'analyse, des moyens tels que l'exception d'inexécution et la résolution inciteraient fortement le débiteur à s'exécuter<sup>104</sup>. On trouve là un autre argument économique en termes d'incitation qui porte en même temps la marque d'une faveur pour l'exécution (en nature) du contrat.

**265.** On notera que cette logique d'efficacité « destructrice » du lien contractuel a une longue tradition en Allemagne. Les Allemands n'ont pas attendu les Anglais ou les projets de droit européen des contrats pour consacrer la résolution unilatérale du contrat.

Le pas décisif vers la reconnaissance d'un droit de résolution unilatérale du contrat, caractéristique du BGB de 1900, a été fait par le Code de commerce général allemand (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*) de 1861. En effet, en consacrant un droit de résolution unilatérale au profit du vendeur et de l'acheteur, certes limité au cas du retard dans l'exécution (*Verzug*) ainsi qu'au cas où l'acte prévoit pour l'exécution d'une prestation un jour fixe précis (*Fixgeschäft*)<sup>105</sup>, ce code a apporté une solution progressiste et tout à fait originale<sup>106</sup>, qui a servi de modèle au BGB.

---

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> V. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, vue d'ensemble, p. 35 : « Les moyens que le créancier peut exercer sans avoir à recourir au juge ou à l'arbitre sont particulièrement efficaces et les Principes cherchent à encourager ces moyens d'auto-protection (ou justice privée) en réduisant les formalités. Ainsi le droit du créancier de résoudre le contrat dépend seulement du caractère essentiel de l'inexécution et de la notification au débiteur défaillant : point n'est besoin d'une décision de justice ». V. dans le même sens : *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, p. 94 et s.

<sup>103</sup> *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, vue d'ensemble, p. 35.

<sup>104</sup> *Ibid.*

<sup>105</sup> Il s'agit des art. 354-357 de ce Code (ADHGB).

<sup>106</sup> H. G. LESER, *Der Rücktritt vom Vertrag : Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, Habil., Tübingen, Mohr, 1975, p. 10 : « (...) eine klare, fortschrittliche und durchaus eigenständige Regelung » (cité d'après Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung, op. cit.*, p. 133).

A l'époque, il n'était nullement question encore d'analyse économique du droit. Mais il est significatif que ce mode de rupture du contrat inexécuté se soit imposé d'abord en droit commercial, une matière dominée par les impératifs d'urgence, de rapidité, de prévisibilité, de sécurité et d'efficacité juridiques<sup>107</sup>. Pour récuser la résolution judiciaire du contrat, les rédacteurs n'avaient pas manqué d'invoquer le fait qu'elle viendrait compliquer les échanges commerciaux plutôt que les faciliter<sup>108</sup>.

**266.** Cette logique d'efficacité économique a fait son entrée récemment en droit français. Il est intéressant de remarquer que c'est la jurisprudence et non le législateur qui a succombé aux charmes de l'analyse économique. Preuve que les juges français ne sont pas aussi indifférents aux arguments économiques qu'on le croit<sup>109</sup>.

On trouve là en tout cas une belle illustration du pouvoir créateur des juges. En effet, alors que la jurisprudence a commencé par affirmer d'une façon absolue qu'une partie qui voulait rompre un contrat synallagmatique devait s'adresser à la justice<sup>110</sup>, conformément à ce qu'édicte l'article 1184 C. civ., les tribunaux ont admis au fur et à mesure certains cas de rupture unilatérale<sup>111</sup>, jusqu'à considérer que « La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, peu important que le contrat soit à durée déterminée ou non »<sup>112</sup>, ce qui a été qualifié de révolutionnaire<sup>113</sup>.

<sup>107</sup> Ici, un parallèle s'impose avec le droit commercial français. En effet, les usages commerciaux connaissent la pratique du *laissez pour compte* qui permet à l'acheteur de refuser la livraison de la marchandise non-conforme à ce qui avait été promis. Cette pratique est perçue comme une dérogation au jeu de l'article 1184 C. civ. V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 659.

<sup>108</sup> Protokolle ADHGB II, p. 596 : « Eine solche Bestimmung [richterliche Aufhebung] erschwere den Handelsverkehr, statt ihn zu erleichtern (...) » (cité d'après Ch. HATTENHAUER, op. cit., p. 128).

<sup>109</sup> Comme l'a noté D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 381 : « Cette déjudiciarisation de la résolution révèle que la Cour de cassation, dans l'édification du régime contractuel contemporain, n'est pas imperméable aux apports de l'analyse économique du droit (...) ».

<sup>110</sup> V. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th. Paris, préf. R. DEMOGUE, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, p. 441, qui cite un arrêt de la ch. des requêtes en date du 8 janvier 1850, qui énonce : « que la résolution n'a pas lieu de plein droit (art. 1184) ; que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, peut demander la résolution en justice et qu'aux tribunaux appartient le *droit absolu* d'apprécier ces griefs ».

<sup>111</sup> Il s'agit essentiellement de cas justifiés par l'urgence ou fondés sur l'état de nécessité, donc des hypothèses marginales : sur ces exceptions, v. le *Dossier : Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 56 et s.

<sup>112</sup> V. notamment Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998 (*Tocqueville*), GAJC, t. 2, n° 180 (ici, l'idée que la résolution unilatérale peut être mise en œuvre « que le contrat soit à durée déterminée ou non » est posée *implicitement*) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568, note Ch. JAMIN ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, Bull. I, n° 211, p. 166.

<sup>113</sup> V. L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Dossier : Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 64 et s.



En même temps, on peut y voir une marque d'ouverture de la Cour de cassation aux influences extérieures, une empathie pour le droit comparé<sup>114</sup>.

### **B. EFFICACITÉ ET IMMIXTION DU JUGE DANS LE CONTRAT**

**267.** La recherche de l'efficacité peut passer également par la protection du lien contractuel. Cette protection peut prendre diverses formes<sup>115</sup>. Il en est une que l'on désigne communément par l'expression de *favor contractus*. On entend par-là un mouvement assez marquant de faveur pour le contrat, en vertu duquel lorsque la validité ou la pérennité du contrat ou l'une de ses clauses sont menacées, le choix se porte sur une sanction qui se présente comme une alternative à leur anéantissement et qui emporte leur maintien<sup>116</sup>. La *favor contractus*, la volonté de sauver le contrat s'il est économiquement favorable, compte parmi les expressions majeures de cette tendance économique<sup>117</sup>.

**268.** Cette idée de *favor contractus* est si prégnante qu'on est allé jusqu'à se demander si la notion de « remède » à l'inexécution du contrat ne devrait pas être limitée aux seuls cas qui permettent de « sauver le contrat »<sup>118</sup>.

**269.** La volonté de sauver le contrat est particulièrement visible en droit européen.

Ainsi par exemple, dans la directive européenne sur la vente<sup>119</sup>, toutes les sanctions de l'inexécution prévues par ce texte privilégient toujours, dans la mesure

<sup>114</sup> V. en ce sens D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », art. préc., p. 389.

<sup>115</sup> J. MESTRE, art. préc., p. 90, évoque de façon pêle-mêle la jurisprudence ayant validé les clauses de prix-catalogue, la sanction de clauses réputées non écrites (nullité partielle) et l'admission de la preuve électronique.

<sup>116</sup> Définition reprise de D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 11, p. 244 et s.

<sup>117</sup> V. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse », in *Le contrat, TAHC*, t. LV/2005, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 4. Ce mouvement de faveur pour le contrat a fait l'objet d'une ample analyse : v. M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1996. En droit allemand, v. S. LORENZ, « Vertragserhaltung im Kaufrecht », in *Festschrift für Hans WOLFSTEINER*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 121 et s. Notons que ce dernier y voit d'abord et principalement la conséquence logique du principe de la parole donnée avant d'y déceler la marque d'une logique économique.

<sup>118</sup> Pour une telle interrogation, v. F. ANCEL, « Propos introductifs », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat, op. cit.*, p. 9 (« Lorsque le moyen vise à résoudre le contrat, peut-on réellement parler de remède ? »).

<sup>119</sup> Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

du possible, la solution permettant de laisser subsister le lien contractuel<sup>120</sup>. Pour ce faire, le législateur européen a établi une hiérarchie des remèdes : priorité est accordée à la mise en état conforme obtenue par le jeu de l'un des remèdes en nature (v. l'art. 3.3 de la directive) ; les remèdes en valeur, réduction du prix d'achat du bien et résolution contractuelle, sont subsidiaires (v. l'art. 3.5 de la directive). Par ailleurs, la résolution se voit exclue lorsque le défaut de conformité constaté est mineur (v. l'art. 3.6 de la directive). Comme il a été relevé, une telle orientation idéologique s'explique aisément par le fait que le droit européen consacre l'essentiel de ses préoccupations législatives au développement du marché intérieur et de son intégration<sup>121</sup>. Dans une telle perspective en effet, le maintien du contrat s'avère à n'en pas douter être une priorité<sup>122</sup>.

**270.** Le principe de maintien du contrat trouve également une place de choix dans les travaux d'un groupe français qui a œuvré à la formulation de principes directeurs du droit européen du contrat. On y trouve un article 0.204 qui dispose que « Lorsque le contrat est sujet à interprétation, ou lorsque sa validité ou son exécution est menacée, l'efficacité du contrat doit être préférée si son anéantissement nuit aux intérêts légitimes de l'un des contractants »<sup>123</sup>. Il est intéressant de noter qu'ici, le principe de faveur pour le contrat a vocation à concrétiser plus spécialement le principe directeur de la sécurité contractuelle dont il constitue un sous-principe. Cela n'empêche pas la doctrine de considérer que la tendance contemporaine à vouloir « sauver le contrat » autant que possible, répond certes, à des fins de sécurité juridique, mais aussi et surtout à des préoccupations de stabilité économique<sup>124</sup>.

**271.** La proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente est exemplaire à ce titre. Rappelons que sa finalité réside avant tout dans la promotion du commerce transfrontalière puisqu'elle vise, selon les dires de la

---

<sup>120</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, J. ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, Economica, 2006, p. 36.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>123</sup> V. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 198.

<sup>124</sup> C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, op. cit., n° 49, p. XLVI et s. Rapp. M.-E. PANCRAZI-TIAN, th. préc., n° 2 : « (...) la recherche de la protection de ce lien [contractuel] (...) s'avère de plus en plus fréquemment dictée par les contraintes de la vie sociale ou même économique qui exigent bien souvent d'aller au-delà de ce que voudrait la simple observance de la parole donnée ».

Commission européenne, à contribuer à la stimulation de la croissance et des échanges sur le marché intérieur<sup>125</sup>. Bien que le principe de faveur pour le contrat ne soit pas consacré ici comme « principe général » de ce droit commun européen de la vente, il apparaît néanmoins dans le considérant 32 de la proposition de règlement, qui dispose : « Le droit commun européen de la vente devrait tendre à préserver un contrat valable lorsque c'est possible et judicieux au vu des intérêts légitimes des parties ». Là encore, on y a vu un principe général sous-jacent<sup>126</sup>.

**272.** Ce mouvement de faveur pour le contrat n'est pas neutre en termes de choix de la sanction.

D'une part, la hiérarchie des sanctions établie par la directive européenne sur la vente se traduit par une limitation du spectre des sanctions pouvant être immédiatement actionnées par le consommateur, et par conséquent, par une perte de la maîtrise du choix de la sanction.

D'autre part, et plus fondamentalement, l'idée de *favor contractus* conduit à repenser le rôle du juge. En effet, pour sauver le contrat, il faut bien souvent pouvoir le modifier<sup>127</sup>. Concrètement, la *favor contractus* se traduit, en substance, par la primauté de la révision du contrat sur son anéantissement<sup>128</sup>. Au stade de l'inexécution, la révision est exploitée comme une alternative à la résolution du contrat<sup>129</sup>. Il va sans dire que lorsqu'elle est l'œuvre du juge, celle-ci heurte de front le principe de non ingérence du juge dans le contrat.

Preuve en est donné ici que les suites de l'inexécution ou les sanctions de l'inexécution comme on a coutume de les nommer en France, n'ont pas cette neutralité qu'on leur attribue très souvent. Il convient de les envisager à présent une à une et d'apprécier l'étendue des pouvoirs dévolus au juge pour chacune d'entre elles.

---

<sup>125</sup> COM(2011) 636 final, p. 8.

<sup>126</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », JCP 2011, n° 50, 1376.

<sup>127</sup> V. en ce sens C. JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse », in *Le contrat, op. cit.*, p. 5.

<sup>128</sup> D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », art. préc., n° 11, p. 245.

<sup>129</sup> *Ibid.*, n° 12, p. 246.

## TITRE I – L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

273. Entre les parties au contrat, le droit à l'exécution en nature découle du contrat même. Par définition, le contrat a pour effet de créer des obligations<sup>1</sup>. L'obligation elle aussi a des effets : le créancier a le droit d'en exiger l'exécution<sup>2</sup>. Ainsi l'obligation est-elle généralement définie comme un lien qui unit au moins deux personnes individualisées qui permet à l'une d'elle d'exiger quelque chose de l'autre<sup>3</sup>. Le contrat est donc à la base du droit à l'exécution en nature, dans la mesure où il fait naître un droit subjectif, plus spécialement un droit de créance, au profit du créancier. Le § 241 al. 1<sup>er</sup> BGB ne fait qu'énoncer ce principe de bon sens lorsqu'il dispose qu'en vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation, celle-ci pouvant également consister dans une abstention<sup>4</sup>.

L'exécution de l'obligation contractuelle est dite volontaire (ou spontanée) lorsque le débiteur effectue ce à quoi il s'est conventionnellement obligé sans avoir fait au préalable l'objet d'une condamnation judiciaire *ad ipsam rem*<sup>5</sup>. La qualification est identique si le débiteur se conforme à ses engagements après avoir été mis en demeure par son cocontractant, ou s'il cède à la pression d'une exception d'inexécution judiciairement exercée par le créancier<sup>6</sup>. Il va sans dire qu'il s'agit de la voie idéale<sup>7</sup>. Lorsque le débiteur persiste à ne pas honorer ses engagements, l'exécution peut être ordonnée par le juge. On parle alors d'exécution *forcée*. L'exécution forcée a lieu en nature si le débiteur est condamné à fournir l'objet précis

---

<sup>1</sup> Article 1101 C. civ.

<sup>2</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2013, n° 67.

<sup>3</sup> J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, n° 4.

<sup>4</sup> § 241 al. 1<sup>er</sup> BGB : « Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen ».

<sup>5</sup> Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n° 15.

<sup>6</sup> *Ibid.* Il s'agit en effet de rappels ou de remèdes qui n'empruntent pas les voies d'une procédure judiciaire.

<sup>7</sup> Bien que d'un point de vue juridique, elle ne soit pas vraiment intéressante, v. Ph. THÉRY, « L'exécution forcée », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 235 : « L'exécution spontanée (...) n'a guère

de la prestation convenue ; elle a lieu par équivalent si elle vise à octroyer au créancier des dommages-intérêts évalués de façon à replacer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été dûment exécuté<sup>8</sup>. La distinction entre exécution forcée en nature et exécution forcée par équivalent n'a de sens *a priori* que pour les obligations autres que monétaires<sup>9</sup>. En raison des difficultés particulières auxquelles elles donnent lieu, notre analyse portera uniquement sur ces dernières<sup>10</sup>.

**274.** Chaque système juridique s'est vu confronté à la question de savoir si le créancier pouvait toujours obtenir l'exécution en nature de l'obligation, au besoin par le truchement du juge. Les réponses apportées varient fortement selon les systèmes respectifs.

La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) du 11 avril 1980 est exemplaire à ce titre. En effet, tout en posant le principe de l'exécution en nature à l'article 46<sup>11</sup>, la CVIM prévoit en son article 28 que « Si, conformément aux dispositions de la présente Convention, une partie a le droit d'exiger de l'autre l'exécution d'une obligation, un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats de vente semblables non régis par la présente Convention ». Cette disposition soumet donc l'exécution forcée en nature à la condition que le juge saisi ait le *pouvoir* de l'ordonner dans son propre droit des contrats (*lex fori*). En outre, elle laisse encore au juge, lorsqu'il a ce pouvoir, la *liberté d'apprécier* s'il l'exercera<sup>12</sup>.

d'épaisseur juridique. Elle est tout entière absorbée dans le fait de l'exécution (...). C'est l'inexécution qui est intéressante. Sans elle, pas d'exécution forcée ».

<sup>8</sup> Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

<sup>9</sup> L'inexécution des obligations ayant pour objet une somme d'argent ne présente pas d'intérêt théorique au regard de la distinction entre exécution forcée en nature et exécution forcée par équivalent, puisque « il ne peut y avoir d'autre équivalent de l'argent que l'argent » : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 1109. V. également H. HEINRICHS, « Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht », ERCL 3/2006, p. 351 : « Den Primärleistungsanspruch auf Leistung von Geld in einen Schadensersatzanspruch auf Leistung von Geld umzuwandeln, macht keinen Sinn ».

<sup>10</sup> En matière d'exécution forcée, la distinction entre obligation monétaire et obligation non monétaire est classique. Elle est reprise par les PDEC (v. les art. 9.101 et 9.102). Les deux types d'obligation sont soumis à des régimes distincts.

<sup>11</sup> Article 46 1) CVIM : « L'acheteur peut exiger du vendeur l'exécution de ses obligations, à moins qu'il ne se soit prévalu d'un moyen incompatible avec cette exigence ».

<sup>12</sup> Sur ces deux conditions, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature – A partir de Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005 », RDC 2006, p. 529 et s.

En ce sens, la CVIM incarne un compromis entre les traditions juridiques de l'Europe continentale et anglo-américaine.

C'est dire combien l'effectivité du droit de créance dépend des pouvoirs détenus par le juge national en la matière. On envisagera successivement les deux facettes du pouvoir judiciaire : pouvoir du juge d'un côté (chapitre I) et devoir de l'autre (chapitre II).

## CHAPITRE I - POUVOIR DU JUGE D'ORDONNER L'EXÉCUTION EN NATURE

**275.** La possibilité d'obtenir l'exécution forcée en nature est présentée, dans le contexte de compétition entre les systèmes juridiques, comme un atout majeur du droit continental. Dans une brochure éditée en commun par la France et l'Allemagne en février 2011, visant à rendre plus visibles pour les entrepreneurs et pour les entreprises les atouts du droit continental, on peut lire que l'« une des principales forces du droit continental est qu'il veille rigoureusement au respect des obligations contractuelles et à la force obligatoire du contrat. L'article 1134 du code civil français prévoit expressément que les contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont conclus. L'article 241 du code civil allemand consacre l'existence d'un droit direct et opposable au respect des obligations contractuelles. Par suite, en droit français comme en droit allemand, la prestation promise peut être exigée en nature, et le débiteur ne saurait se libérer par la simple remise d'une somme d'argent. La common law, en revanche, consacre le principe opposé, suivant lequel le manquement aux obligations contractuelles n'est sanctionné par principe que par l'attribution de dommages et intérêts »<sup>13</sup>.

**276.** Face à la *common law*, les systèmes juridiques français et allemand ne font qu'un. Mais lorsqu'on les compare à leur tour, des différences importantes apparaissent. En effet, la question de l'exécution forcée en nature ne se pose pas dans les mêmes termes dans les deux ordres juridiques.

En droit français, la problématique de l'exécution forcée en nature est tout entière appréhendée sous l'angle des pouvoirs du juge<sup>14</sup>. Il s'ensuit que l'admission

---

<sup>13</sup> Brochure « Le droit continental, mondial, sûr, flexible, économique », p. 9 (consultable sur <http://www.fondation-droitcontinental.org>). Il existe une version française et une version allemande de cette brochure.

<sup>14</sup> Pour un tel constat, v. également H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 794 ; Ph. THÉRY, « L'exécution forcée », art. préc., p. 235 : « dans la théorie du contrat, on parle d'exécution forcée à propos des pouvoirs du juge ».

ou le rejet de cette mesure dépend essentiellement de ses pouvoirs. Or ces derniers restent très controversés, ce qui confère à l'exécution forcée en nature une place incertaine en droit français<sup>15</sup>. La question centrale qui n'a de cesse de préoccuper la doctrine « contractualiste » est celle du pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature. En cas d'inexécution, le juge peut-il condamner le débiteur à livrer le réfrigérateur ou à signer le portrait de l'épouse du créancier<sup>16</sup>? La question témoigne à elle seule des hésitations du droit français (section II).

En droit allemand des obligations au contraire, le pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature ne fait l'ombre d'aucun doute. A vrai dire, la question du pouvoir du juge ne se pose même pas ! L'exécution forcée en nature s'analyse moins en termes de pouvoir du juge qu'en termes de droit du créancier. Ici, le fait que le créancier puisse obtenir du juge un jugement enjoignant au débiteur de s'exécuter en nature relève du domaine de l'évidence (section I).

## SECTION I - UN POUVOIR FERMEMENT ÉTABLI EN DROIT ALLEMAND

**277.** Ce qui frappe immédiatement le juriste français à la lecture des manuels de droit allemand des obligations, c'est à la fois la brièveté des développements relatifs à l'exécution forcée en nature des obligations<sup>17</sup>, qui ne signifie pas pour autant un appauvrissement du débat doctrinal entourant cette mesure<sup>18</sup>, et le fait qu'à

---

<sup>15</sup> En témoignent les nombreux colloques, les multiples revues et ouvrages qui lui sont consacrés. Ainsi, pour son colloque annuel de 2004, la revue des contrats a choisi comme thème l'« Exécution en nature [et] l'exécution par équivalent » (les actes ont été publiés dans le premier numéro de la RDC 2005). De même, pour son troisième numéro de la Revue de Droit Henri Capitant, créée récemment en 2010, l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, a choisi le thème de l'exécution en nature (consultable sur [http://www.henricapitantlawreview.fr/edito\\_revue.php?id=39&lateral=39](http://www.henricapitantlawreview.fr/edito_revue.php?id=39&lateral=39)). Parmi les principaux ouvrages : v. V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2003 ; E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, th. dactyl. Poitiers, 2002 ; J. COULET, *L'exécution forcée en nature*, th. dactyl. Paris II, 2007.

<sup>16</sup> V. Ph. THÉRY, *ibid.*

<sup>17</sup> A l'exception du récent manuel de droit (allemand) des contrats de Hein KÖTZ qui est unique en son genre puisque l'auteur a adopté une approche originale en se détachant de la structure du BGB qui ne connaît pas de « droit des contrats » mais un droit des obligations fondé sur le rapport d'obligation. V. *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, § 10 (Erfüllungsanspruch). L'auteur dit s'être inspiré des manuels étrangers de droit des contrats et s'être orienté à l'ordonnement de la matière tel qu'opéré par la CVIM ou les PDEC. L'approche chronologique de la matière ainsi que l'analyse des sanctions de l'inexécution en termes de « remèdes » expliquent donc les longs développements dédiés au droit à l'exécution forcée en nature.

<sup>18</sup> Ce qu'on reproche parfois au droit français, v. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n° 39, p. 60. Les auteurs allemands consacrent en effet d'importantes études



aucun moment, les pouvoirs du juge ne soient problématisés. Et pour cause : que le créancier puisse poursuivre son droit de créance devant les tribunaux et obtenir un jugement enjoignant au débiteur de s'exécuter en nature relève, en droit allemand, du domaine de l'évidence<sup>19</sup> ! Le principe de l'exécution forcée en nature (« Prinzip des Erfüllungszwangs »<sup>20</sup>) est d'ailleurs volontiers présenté comme un trait caractéristique du droit allemand des obligations<sup>21</sup>.

Il est le fruit d'une longue évolution<sup>22</sup>. Bien que le dispositif allemand de l'exécution forcée en nature soit plus récent que le dispositif français, il nous semble préférable de l'étudier en premier. En effet, son analyse a le mérite de faire ressortir plus clairement les difficultés et les incertitudes qui continuent d'affecter le droit français.

**278.** Le législateur allemand de 1900 est le premier à avoir posé le principe de l'exécution (forcée) en nature pour toute obligation, de quelque nature qu'elle soit<sup>23</sup>. Comme le dévoilent les motifs (travaux préparatoires) du BGB, les rédacteurs du BGB se sont volontairement démarqués du droit français en la matière. On sait qu'en vertu de l'article 1142 C. civ., « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Le législateur allemand a rejeté ce principe, souhaitant que le créancier obtienne le plus longtemps possible l'exécution en nature de l'obligation et uniquement celle-ci<sup>24</sup>. L'avènement

aux effets induits par la primauté de l'exécution en nature de l'obligation, bien souvent nourries de droit comparé. V. par ex. S. GRUNDMANN, A. HOERNING, « Leistungsstörungsmodelle im Lichte der ökonomischen Theorie – nationale, europäisches und internationales Recht », in Th. EGER, H.-B. SCHAEFER (dir.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 420-470, ou encore les longs et riches développements consacrés au droit à l'exécution forcée en nature par H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 210-282. Récemment encore : Th. RIEHM, *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Habil., publication prévue pour le mois d'octobre 2014, aux éd. Mohr Siebeck.

<sup>19</sup> K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 1996, § 35 II, p. 469 ; M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 90 (« Naturalerfüllungsgrundsatz als selbstverständliches Charakteristikum des deutschen Rechtskreises »).

<sup>20</sup> Encore appelé « präziser Erfüllungszwang » (v. T. REPGEN, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 362-371, n° 1) ou « Naturalkondemnation » (v. D. MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13. Aufl., München, C.H. Beck, 2002, n° 18).

<sup>21</sup> V. W. RÜTTEN, « Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis », in *Festschrift für Joachim GERNHUBER zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1993, p. 939 ; M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, *op. cit.*, p. 90 (avec d'autres références).

<sup>22</sup> Sur cette évolution historique, v. l'analyse de M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, *op. cit.*, p. 91 et s. ; W. RÜTTEN, art. préc., p. 939 et s. ; T. REPGEN, *op. cit.*, n° 5-19.

<sup>23</sup> A supposer, bien évidemment, que la prestation soit possible. V. M.-Ph. WELLER, *ibid.*, p. 9, 91, 106.

<sup>24</sup> *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Aufl., Berlin, Guttentag, 1896, p. 49 : « Durch die Vorschrift des § 240 [Entwurf I] [ancien §

du BGB marquait ainsi la généralisation du principe de l'exécution forcée en nature s'appliquant désormais à toute sorte d'obligation.

Reste à montrer comment le législateur allemand a réussi à réaliser ce qui semblait longtemps impossible.

Deux facteurs essentiels expliquent que l'exécution forcée en nature constitue un principe quasi-absolu en droit allemand des obligations. D'une part, le droit de créance détenu par le créancier revêt un caractère particulièrement contraignant en droit allemand, ce qui est lié au concept spécifique de « prétention » (*Anspruch*) (§ 1). D'autre part, la règle *nemo potest praecise cogi ad factum* (nul ne peut être contraint directement à faire quelque chose) a été reléguée au stade des procédures d'exécution (§ 2).

### **§ 1. LE CARACTÈRE CONTRAIGNANT DU DROIT DE CRÉANCE OU DE LA « PRÉTENTION » ALLEMANDE (ANSPRUCH)**

**279.** En droit allemand, le droit à l'exécution forcée en nature est inclus dans le droit de créance, de telle sorte que le second implique nécessairement le premier (A). Dans la terminologie allemande, le droit de créance (*Forderungsrecht*) constitue une « prétention » (*Anspruch*). Celle-ci est un véritable « droit de contrainte » (*Zwangsrecht*), conférant une effectivité particulière au droit à l'exécution en nature (B).

#### **A. LE RAPPORT D'OBLIGATION, FONDEMENT DU DROIT À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE**

**280.** La voie empruntée par le législateur allemand afin de consacrer pleinement le principe de l'exécution forcée en nature mérite une attention d'autant plus grande que le BGB ne contient pas de disposition expresse posant le principe de

---

280 BGB] (...) ist des Weiteren der Grundsatz des franz. und schweiz. Rechtes abgelehnt, wonach sich die Verbindlichkeit, etwas zu thun, im Falle des Verzuges sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auflöst. Nur wenn die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung feststeht bezw. auf dem Wege des § 243 kann der Gläubiger das Interesse wegen Nichterfüllung fordern ».

l'exécution forcée en nature des obligations, du moins l'existence d'une telle consécration légale est-elle controversée.

**281.** Si l'on en croit certains, le principe ne trouverait aucune assise légale immédiate, dans la mesure où le législateur aurait considéré celui-ci comme allant de soi<sup>25</sup>. C'est ce qui explique qu'on trouve dans les ouvrages des références allant de Kant et son impératif catégorique<sup>26</sup> à Ernst Rabel, le grand comparatiste, qui avait décrété que le droit à l'exécution en nature est « l'épine dorsale » de l'obligation (*der Erfüllungsanspruch ist das Rückgrat der Obligation*<sup>27</sup>). Aussi la doctrine allemande considère-t-elle à l'instar du législateur historique<sup>28</sup> que le droit du créancier à l'exécution forcée en nature est de l'essence du rapport d'obligation.

La grande majorité des auteurs croit d'ailleurs pouvoir lire dans le § 241 al. 1<sup>er</sup> BGB précité le principe de l'exécution forcée en nature. On a vu que la disposition venait définir le rapport d'obligation (« En vertu de l'obligation, le créancier a le droit d'exiger du débiteur une prestation. La prestation peut également consister dans une abstention »). Prenant appui sur une interprétation historique ou large de ce

---

<sup>25</sup> V. T. REPGEN, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 362-371, note 3, p. 2124 : « Ein unmittelbarer normativer Beleg fehlt, da der Gesetzgeber den Satz für eine Selbstverständlichkeit hielt » ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 35 II, p. 469 (« (...) nirgends eine ausdrückliche gesetzliche Regelung getroffen worden ist ») ; W. RÜTTEN, « Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis », art. préc., p. 939 : « Die Möglichkeit zur "naturalen" Durchsetzung nicht nur von Ansprüchen auf Geld, sondern auch von Ansprüchen mit anderen Inhalten ist im materiellen Schuldrecht vorausgesetzt (...) » . Dans le même sens : E. KRAMER, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 2007, § 241, n° 1, qui qualifie le § 241 de disposition théorique sans grande portée (« theorisierende Bestimmung ohne große Aussagekraft »), en ce qu'elle viendrait uniquement définir ce qu'est un rapport d'obligation. La position est reprise par Ch. GRÜNEBERG, in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 241, n° 1. Adde A. TEICHMANN, in *Soergel BGB*, Bd. 2, 12. Aufl., Stuttgart, W. Kohlhammer, 1990, § 241, n° 2 : « Die Vorschrift ist teilweise überholt, sie hat größere rechtstheoretische als praktische Bedeutung ».

<sup>26</sup> I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, Rechtslehre, Einleitung, sous III., p. 52 et s. ainsi que § 19, p. 118 et s. (cité d'après Reclam 1990) : « (...) das Gesetz (pacta sunt servanda) und die diesem korrespondierende Pflicht aus der Rechtslehre » nehmen an, « dass angenommene Versprechen gehalten werden müssen. (...) Es ist keine Tugendpflicht, sein Versprechen zu halten, sondern eine Rechtspflicht, zu deren Leistung man gezwungen werden kann ».

<sup>27</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. I, Berlin, Walter De Gruyter & Co, 1957, § 48, p. 375. Ainsi qu'il a été exprimé en langue anglaise : « in the German legal family the creditor's right to performance is widely seen as "axiomatic" » (v. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, trad. T. WEIR, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, Clarendon, 1998, p. 472).

<sup>28</sup> Comp. F. Ph. VON KÜBEL, *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Teil I - Allgemeiner Teil*, Nachdruck, Berlin, New York, Walter de Gruyter & Co, 1980, p. 857 (« Wenn mit denselben das Recht des Gläubigers auf die Naturalerfüllung ausgedrückt werden will, so ist eine Wahrung diesfalls um so weniger nöthig, als dieses Recht sich aus dem Wesen des Schuldverhältnisses, wo nicht besondere Ausnahmen gemacht worden, ergibt und prozessualische Hindernisse der Geltendmachung dieses Recht nicht entgegenstehen, sofern die R.C.P.O. die Zwangsvollstreckung hinsichtlich jeder Naturalleistung geregelt hat »).

paragraphe, la doctrine majoritaire considère que ce dernier consacre un véritable droit à l'exécution *forcée* en nature<sup>29</sup>.

Le principe de l'exécution forcée en nature fait donc l'objet d'un consensus en droit allemand. La question de son fondement – textuel ou non – a un caractère purement théorique, sans implication pratique. En effet, il est admis dans tous les cas que le juge a le pouvoir d'ordonner l'exécution *in specie*, indépendamment de la nature de l'obligation en cause. Encore qu'en règle générale, ce n'est pas le pouvoir du juge qui soit visé mais la possibilité pour le créancier d'obtenir un jugement en ce sens, ce qui témoigne d'un point de vue inversé.

### **B. « LA PRÉTENTION » (ANSPRUCH), CONCEPT SPÉCIFIQUE DU DROIT ALLEMAND**

**282.** Le concept allemand de « prétention » (*Anspruch*) explique qu'en droit allemand, l'exécution forcée en nature soit analysée en termes de *droit* du créancier plutôt qu'en termes de *pouvoir* du juge.

**283.** Pour la compréhension, il est utile de préciser que les droits de créance (*Forderungen*) relèvent d'une catégorie plus vaste, les « prétentions » (*Ansprüche*) à laquelle ils empruntent leur structure. La « prétention » (*Anspruch*) est définie par le § 194 al. 1<sup>er</sup> BGB comme « le droit d'exiger d'autrui de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose »<sup>30</sup>. La définition est très proche de celle contenue au § 241 al. 1<sup>er</sup> BGB venant définir le rapport d'obligation. On se rappelle que ce dernier y est défini comme le droit du créancier d'exiger du débiteur une prestation (pouvant consister

---

<sup>29</sup> En ce sens : P. KREBS, in B. DAUNER-LIEB, W. LANGEN (dir.), *NomosKommentar, BGB Schuldrecht*, Bd. 2/1, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2012, § 241, n° 2 et 16 : « Bei großzügiger Betrachtung findet sich in Abs. 1 auch die Durchsetzbarkeit des Anspruches auf Naturalerfüllung angedeutet » (nous soulignons) ; K. ZWIEGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 35 II, p. 469 ; de façon beaucoup plus affirmative, et s'appuyant sur une interprétation historique du § 241 BGB, v. F. DORN, in *HKK-BGB*, Bd. II/1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, § 241, n° 82 : « sie [die Intention der Regelung] sollte und soll nicht die Leistungspflicht des Schuldners beschreiben, sondern die aus dem Schuldverhältnis resultierende Position des Gläubigers umreißen und klarstellen, dass das Schuldverhältnis ihm ein (einklagbares und vollstreckbares) Recht auf die Leistung und nicht nur die Haftung des Schuldners im Fall der Nichterfüllung eröffnet (...) ». V. également K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Bd. : AT, 14. Aufl., München, C.H. Beck, 1987, § 2 III, p. 19 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co Ltd, 1992, p. 776 ; M. AVENARIUS, « Struktur und Zwang im Schuldvertragsrecht – Zur funktionellen Bedeutung des § 241 S. 1 BGB », JR 1996, p. 492 et s. ; M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, op. cit., p. 383.

<sup>30</sup> § 194 al. 1<sup>er</sup> BGB : « Das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung ».

dans une abstention). Pris ici en un sens étroit, le rapport d'obligation désigne bien la créance. En raison de la similitude des définitions des § 194 al. 1<sup>er</sup> et 241 al. 1<sup>er</sup> BGB, la créance (*Forderung*), c'est-à-dire le droit du créancier à la prestation, n'est rien d'autre qu'une « prétention » (*Anspruch*)<sup>31</sup>. L'inverse n'est pas vrai pour autant : la « prétention » ne se réduit nullement à la créance. En effet, la « prétention » (*Anspruch*) n'est pas une technique limitée au droit des obligations ; elle constitue un concept général du droit privé<sup>32</sup>. La notion de « prétention » imprègne non seulement l'enseignement et la formation des juristes mais aussi le contenu et la forme des jugements rendus par les juges civils<sup>33</sup>.

Comme l'a très clairement formulé Claude Witz, la notion allemande de « prétention » a la particularité de présenter un double élément : celle-ci désigne aussi bien la prérogative en soi que la possibilité pour une personne de réclamer en justice le respect de cette « prétention », plus précisément, un fait ou une abstention d'une autre personne<sup>34</sup>. Autrement dit, le concept de « prétention » du BGB désigne à la fois une position juridique de droit matériel et son prolongement procédural<sup>35</sup>.

**284.** A première vue, le juriste français pourrait se demander s'il s'agit véritablement d'une particularité du droit allemand. N'enseigne-t-on pas en France également qu'en vertu du rapport obligatoire, le créancier n'a point seulement titre, qualité, à recevoir ce qui est dû mais qu'il est, au moins dans la majorité des cas, armé du *pouvoir* de contraindre le débiteur à s'exécuter<sup>36</sup> ? Selon une conception majoritairement reçue aujourd'hui, marquée par les idées de Ihering<sup>37</sup>, le pouvoir octroyé par un droit subjectif est conçu comme devant être protégé par une sanction juridique, organisée par le droit objectif et mise en œuvre par un tiers impartial<sup>38</sup>. On

<sup>31</sup> C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n° 607.

<sup>32</sup> Sur cette précision importante, v. C. WITZ, *ibid.* L'auteur donne comme exemple le § 985 BGB, relatif au droit des biens, qui dispose que le propriétaire est en droit de réclamer la restitution de la chose au possesseur non fondé à la posséder : il est titulaire d'une « prétention à la restitution » (« Herausgabeanspruch »).

<sup>33</sup> Ce qui lui vaut la qualification de « Rückgrat der zivilistischen Lehrmethode » par D. MEDICUS, AcP 174 (1974), p. 313.

<sup>34</sup> C. WITZ, *op. cit.*, n° 607, p. 476.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> R. DAVID, *Le droit français*, t. II (Principes et tendances du droit français), Paris, LGDJ, coll. Les systèmes de droit contemporains, XII, 1960, p. 138.

<sup>37</sup> Dont on connaît la célèbre formule : « les droits sont des intérêts juridiquement protégés ».

<sup>38</sup> V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2013, p. 176 et s. (notion de droit subjectif) ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. D. DEROUSSIN, Paris, Dalloz, 2005, reprod. en fac-sim. de l'éd. de 1963, p. 30 : « (...) en ce qui concerne les droits subjectifs, il est vrai que le droit concédé aux particuliers comporte, par lui-même, le pouvoir d'agir en justice pour sa protection ».

entend par là que son titulaire doit pouvoir se prévaloir de son droit devant un juge qui en sanctionnera le non-respect sur le fondement d'une règle de droit<sup>39</sup>. Un juriste français dira à ce titre que le créancier peut intenter une *action* en exécution forcée en nature. En effet, l'action en justice vient sanctionner le droit de créance<sup>40</sup>. Elle vient le doubler.

Or ce qui est pour nous l'action (droit subjectif *processuel*<sup>41</sup>) est pour le juriste allemand la « prétention » (*Anspruch*) (droit subjectif *substantiel*). Il y a là l'empreinte de Bernhard Windscheid, romaniste et processualiste allemand du XIX<sup>e</sup> siècle. Dans un ouvrage célèbre, cet auteur s'est attaché à traduire en langage des « droits » ce qui était exprimé, en droit romain, en langage des « actions »<sup>42</sup>. Son entreprise partait du constat que notre représentation du droit a profondément changé depuis l'époque romaine. En droit romain, l'ordre juridique apparaissait davantage comme un système de prétentions pouvant être poursuivies en justice que comme un système de droits<sup>43</sup>. En effet, pour intenter un quelconque procès, il fallait pouvoir couler sa prétention dans une de ces formules admises par la coutume, et acceptées par le préteur<sup>44</sup>. Ce dernier accordait ou refusait l'*actio* indépendamment du droit matériel en vigueur. C'est donc le magistrat qui créait le droit d'exiger un certain comportement d'une autre personne, droit protégé par la justice et indépendant du droit matériel<sup>45</sup>. Or comme le faisait observer Windscheid, aujourd'hui, le droit matériel nous apparaît comme prépondérant, comme précédant l'action ; « le droit subjectif est l'élément primaire, sa mise en œuvre possible par la voie procédurale, l'élément secondaire »<sup>46</sup> : « Pour nous, le tribunal n'est qu'un

---

<sup>39</sup> J. ROCHFELD, *ibid.*, p. 179.

<sup>40</sup> V. *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, v<sup>o</sup> Action ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>41</sup> D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v<sup>o</sup> Procédure : « En quelque sorte, dans l'ordre des droits subjectifs, l'action en justice, droit subjectif processuel, double les droits subjectifs substantiels comme, dans l'ordre du droit objectif, les droits sanctionneurs viennent se superposer aux droits déterminateurs ».

<sup>42</sup> B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, Buddeus, 1856, p. 7, 230 : « Sie [die Wissenschaft] muß das, was in der Sprache der Actionen ausgedrückt ist, in die Sprache der Rechte übersetzen ».

<sup>43</sup> B. WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 3.

<sup>44</sup> M. VILLEY, *Le droit romain*, Paris, PUF, 2012, p. 12.

<sup>45</sup> P. ROUBIER, *op. cit.*, p. 57, fait remarquer à ce titre qu'en droit romain, lorsqu'un juge accordait une action, il s'agissait d'une concession tirée de son propre pouvoir. Et plus loin, p. 283 : « (...) l'action en justice était le centre du droit, ce qui signifie qu'on n'avait de droit qu'autant qu'on avait une action. (...) Pour eux, le problème fondamental du droit, c'était celui de la lutte judiciaire ».

<sup>46</sup> C. WITZ, *ibid.*

serviteur du droit »<sup>47</sup>. Aussi Windscheid fit-il adopter par les juristes allemands la notion de « prétention » (droit). Depuis lors, ces derniers ne disent plus que le créancier dispose d'une action en exécution forcée en nature mais qu'il a une « prétention » (droit) à l'exécution (forcée) en nature.

**285.** L'œuvre de Windscheid a consisté précisément à transférer l'*actio* romaine, jusque-là ancrée dans le droit processuel, dans le droit matériel pour la fonder dans le droit subjectif. C'est dire que l'*actio* du droit romain est comprise aujourd'hui dans le concept de « prétention »<sup>48</sup>.

La notion de « prétention » (*Anspruch*) est conçue comme un agrégat de plusieurs éléments qui sont autant de droits subjectifs<sup>49</sup>. Parmi ces divers éléments, on compte la faculté d'agir en justice pour obtenir son dû (*Klagebefugnis*). Il est important de comprendre que ce droit d'agir en justice constitue ici une qualité *matérielle* de la « prétention »<sup>50</sup>.

**286.** Mais ce n'est pas là la seule différence avec le raisonnement français. En effet, ce qui confère à la « prétention » allemande une force particulière et un caractère distinctif, c'est son contenu substantiel. La « prétention » (*Anspruch*) est plus que le droit de demander quelque chose et plus que le droit d'obtenir un jugement sur le fond de cette demande<sup>51</sup> : elle est le droit d'obtenir du tribunal qu'il adjuge l'objet de la prétention<sup>52</sup> !

<sup>47</sup> B. WINDSCHEID, *op. cit.*, p. 4 ; le même, *Die Actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1857, p. 25.

<sup>48</sup> K. LARENZ, M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München, C.H. Beck, 2004, § 18, n° 68 : « Insofern kann man sagen, dass die „actio“ des römischen Rechts im heutigen Anspruchsbegriff mit enthalten ist ».

<sup>49</sup> M.-Ph. WELLER, « Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich », *JZ* 2008, p. 765.

<sup>50</sup> *Ibid.* (« Klagebefugnis als materiellrechtliche Eigenschaft des Erfüllungsanspruchs »). Comme le notent les motifs du BGB (v. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. I, 2. unveränderte Auflage, Berlin, Guttentag, 1896, p. 357) : « Der Begriff des subjektiven Privatrechts bedingt für das moderne Recht die gerichtliche Verfolgbarkeit. Die Klagbarkeit kann dem Anspruch fehlen, aber sie fehlt ihm nur, wenn sie ihm abgesprochen ist. Die Klagbarkeit der Rechte ist die selbstverständliche Regel » (la notion de droit subjectif (du droit privé) suppose en droit moderne la possibilité de poursuivre en justice ces derniers. Il se peut qu'une « prétention » ne puisse faire l'objet d'une demande en justice, mais dans ce cas, c'est parce que cette possibilité lui a été déniée. La possibilité d'invoquer en justice les droits constitue la règle (évidente)).

<sup>51</sup> Comp. l'art. 30 al. 1<sup>er</sup> CPC qui définit l'action comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». On sait que cet article reflète la pensée de Henri MOTULSKY pour qui l'action en justice est en elle-même un droit subjectif (v. *J.-Cl. Proc. civ.*, Fasc. 125, n° 5).

<sup>52</sup> N. CAYROL, *Rép. pr. civ.*, v° Action en justice, n° 33. Ceci ressort très clairement des travaux préparatoires du BGB : v. *Protokolle*, in B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 501 : « (...) das Forderungsrecht als den wesentlichen Inhalt des Schuldverhältnisses hervorhebt, dessen rechtliche Gestaltung durch den Zweck bestimmt werde, dem

Par suite, le juge est réellement cantonné à un rôle passif : il lui incombe simplement de vérifier l'existence de la « prétention » invoquée par le demandeur<sup>53</sup>. Dès lors qu'elle est tenue pour acquise par le juge, celui-ci n'a d'autre possibilité que d'y faire droit. On sait désormais qu'en vertu du rapport d'obligation (contrat), le créancier a une « prétention » à l'exécution en nature (*Anspruch auf (Natural)erfüllung*). Celle-ci lui confère le droit d'obtenir du juge un jugement ordonnant au débiteur de s'exécuter en nature<sup>54</sup>.

Conceptuellement, la « prétention » (*Anspruch*) se présente comme un véritable « droit de contrainte » (*Zwangrecht*) que le créancier détient ici à l'encontre du débiteur<sup>55</sup>. Le concept d'« Anspruch » constitue sans aucun doute un des éléments-clés du système allemand<sup>56</sup>. Il peut être considéré comme la réalisation dogmatique de ce que Kant avait justifié auparavant de façon philosophique<sup>57</sup>, à savoir que « le droit et la faculté de contraindre signifient (...) une seule et même chose »<sup>58</sup>. En Allemagne, la notion de « droit » (« prétention ») est à prendre au sérieux : elle implique la possibilité d'une réalisation forcée en justice (*gerichtliche Durchsetzung*).

Ainsi qu'il a été parfaitement résumé, en droit allemand, l'exécution forcée en nature est conçue comme un droit conféré par le droit substantiel et qui autorise les tribunaux à rendre un jugement enjoignant au débiteur d'exécuter sa promesse,

*Gläubiger die Leistung zu verschaffen* » (nous soulignons). La « forme juridique » du droit de créance a pour but d'assurer au créancier l'obtention de la prestation.

<sup>53</sup> Comp. B. HESS, « Richterliches Ermessen im Zivilprozess. Die Rechtslage in Deutschland. Nationalbericht für die Konferenz der World Association of Procedural Law in Gent 2000 », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 400 : « Die richterliche Erkenntnis erschöpft sich in der Bejahung oder Verneinung des Klageanspruchs » ; H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, op. cit., p. 168 : « Die im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Ansprüche sind von den Gerichten und staatlichen Organen im Erkenntnisverfahren nachzuvollziehen und im Zwangsvollstreckungsverfahren notfalls mit Gewalt durchzusetzen ».

<sup>54</sup> H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, op. cit., n° 753 : « [§ 241 Abs. 1] bedeutet eben auch, dass der Gläubiger die ihm nach dem Vertrag geschuldete Leistung vor Gericht einfordern und dass auf seinen Antrag ein entsprechendes, auf Vertragserfüllung gerichtetes Urteil gegen den Schuldner erlassen werden kann ».

<sup>55</sup> V. de façon très explicite H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, op. cit., p. 195 : « Das Wesen des Schuldvertrags besteht darin, daß ein subjektives Recht auf die darin vereinbarte Leistung begründet wird. Dieses subjektive Recht ist in der Terminologie des BGB ein Anspruch. Dieses Recht ist ein Zwangsrecht ».

<sup>56</sup> V. en ce sens également F. FAUST, V. WIESE, « Specific Performance – A German Perspective », in J. SMITS, D. HAAS, G. HESEN (dir.), *Specific Performance in Contract Law : National and Other Perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 50.

<sup>57</sup> M.-Ph. WELLER, « Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich », JZ 2008, p. 766.

<sup>58</sup> E. KANT, *Métaphysique des mœurs II, Doctrine du droit. Doctrine de la vertu* (trad. d'Alain Renaut), Paris, Flammarion, 1994, p. 19.



indépendamment du fait de savoir si ce jugement pourra faire l'objet ultérieurement d'une procédure d'exécution forcée (en nature)<sup>59</sup>. Cette dernière observation nous amène à la deuxième caractéristique du système allemand : la distinction stricte effectuée entre la procédure de jugement (la condamnation à l'exécution en nature) et la procédure d'exécution forcée proprement dite (l'exécution de la condamnation).

## **§ 2. LA RÈGLE NEMO PRAECISE COGI AD FACTUM RELÉGUÉE AU STADE DES PROCÉDURES D'EXÉCUTION**

**287.** Jusqu'ici, nous avons vu combien le concept allemand de « prétention » (*Anspruch*) conférait au droit à l'exécution en nature une vigueur particulière. Mais à lui seul, le concept n'explique pas encore comment le droit allemand des obligations (donc le droit *substantiel*) a pu consacrer un droit quasi-illimité à l'exécution (forcée) en nature<sup>60</sup>.

De manière générale, la question de l'exécution forcée en nature pose tout système juridique devant un conflit entre deux principes fondamentaux : celui de la force du lien d'obligation et celui de l'intangibilité de la liberté individuelle. En effet, la force contraignante de l'obligation, quelle que soit sa valeur sociale, ne peut méconnaître les exigences fondamentales de la liberté individuelle, valeur à la fois sociale et morale<sup>61</sup>. C'est ce qu'exprime l'adage latin « *Nemo praecise cogi ad factum* » (nul ne peut être contraint directement à faire quelque chose).

Le propre du droit allemand est d'avoir transféré et résolu ce conflit sur le terrain des procédures d'exécution. En droit allemand, la procédure du jugement (*Erkenntnisverfahren*) est strictement dissociée de la procédure d'exécution (*Vollstreckungsverfahren*) (A). C'est à ce dernier stade que sont apportés les principaux tempéraments au principe de l'exécution forcée en nature (B). C'est ce qui justifie qu'en droit allemand, la maxime « *nemo praecise cogi ad factum* » soit perçue

---

<sup>59</sup> F. FAUST, V. WIESE, « Specific Performance – A German Perspective », art. préc., p. 49 : « [In Germany, Specific Performance] should be understood as a right conferred by substantive law which allows the courts to render a judgment ordering the defendant to fulfil his promise, regardless of whether and in which way this judgment can be ultimately enforced ».

<sup>60</sup> Sur les limites substantielles (nouvellement) apportées au droit à l'exécution forcée en nature par la réforme du droit des obligations, v. infra.

<sup>61</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2013, n° 160.

(exclusivement) comme une règle du « droit de l'exécution » (*Vollstreckungsrecht*) et non du droit des obligations<sup>62</sup>.

### **A. LA DISSOCIATION STRICTE DES PROCÉDURES DE JUGEMENT ET D'EXÉCUTION**

**288.** Pour obtenir effectivement son dû, deux procédures successives sont parfois nécessaires : la procédure de jugement et la procédure d'exécution forcée proprement dite. Bien qu'elles aient toutes deux la même finalité qui est de satisfaire le créancier, elles sont indépendantes l'une de l'autre. Quelques exemples permettront de s'en convaincre (1) avant de les envisager successivement (2 et 3).

#### **1. Illustrations**

**289.** La dissociation stricte effectuée entre la procédure de jugement et la procédure d'exécution<sup>63</sup>, qui est l'une des clés de compréhension du régime allemand de l'exécution forcée en nature, se mesure le plus aisément à l'aide d'exemples concrets.

**290.** Un des exemples topiques à ce titre est le sort de l'obligation incombant à la personne ayant promis ses services à une autre, une obligation qui affecte tout particulièrement la liberté du débiteur. C'est le cas du peintre qui s'engage à faire le portrait de quelqu'un. Le droit substantiel prévoit que « par le contrat de service [*Dienstvertrag*<sup>64</sup>], celui qui promet les services est tenu [*verpflichtet*] de les exécuter, l'autre partie de verser la rémunération convenue » (§ 611 al. 1 BGB). Comme nous venons de l'indiquer auparavant, le terme d'obligation (*Verpflichtung*) a un sens fort puisqu'il implique le « droit » (*Anspruch*) du créancier d'obtenir l'objet de la prestation<sup>65</sup>. C'est dire que le créancier est en droit d'exiger l'exécution en nature de

---

<sup>62</sup> V. D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl., München, C.H. Beck, 2007, N 65 : « Satz des Vollstreckungsrechts ».

<sup>63</sup> Sur cette distinction, v. spéc. H. F. GAUL, « Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht », *ZZP* 1999, p. 135 et s.

<sup>64</sup> Cette catégorie de contrats comprend, comme en droit français, les contrats d'entreprise et les contrats de travail.

<sup>65</sup> Comme l'énoncent régulièrement les tribunaux, « Anspruch und Verpflichtung sind zwei Seiten desselben Rechts » (la « prétention » et l'obligation sont les deux faces du même droit » : v. par ex. BGH 5. Zivilsenat, 30.9.2011, V ZR 17/11, NJW 2012, p. 373.

l'obligation et d'obtenir un jugement condamnant le débiteur à exécuter en nature. Le créancier obtiendra donc satisfaction au stade de la procédure de jugement (*Erkenntnisverfahren*). Mais au niveau des procédures d'exécution (*Zwangsvollstreckung*) cette fois, son droit à l'exécution forcée en nature se voit fortement relativisé. En effet, s'agissant ici d'une obligation de faire ne pouvant être le fait que du débiteur lui-même (*unvertretbare Handlung*), le § 888 al. 3 du code de procédure civile allemand (*Zivilprozessordnung* : ZPO) prévoit qu'en cas de condamnation à exécuter une prestation de service issue d'un contrat de (louage de) service, l'« astreinte » (*Zwangsgeld*<sup>66</sup>) ou la contrainte par corps (*Zwangshaft*) sont inapplicables. C'est dire que le jugement ne pourra faire l'objet d'une exécution forcée. Il ne reste alors au créancier que la possibilité de demander au juge du contentieux de condamner le débiteur à lui verser des dommages-intérêts (v. le § 893 ZPO<sup>67</sup>).

La dissociation des phases de jugement et d'exécution forcée peut être illustrée encore à l'aide d'un autre exemple qui a l'intérêt également de permettre certaines comparaisons et certains parallèles avec le droit français. Il s'agit de l'exécution forcée des obligations de faire pouvant être réalisées par un tiers (*vertretbare Handlungen*), comme l'obligation de réparer une chose. Lorsque le créancier formule une demande en ce sens, le juge peut ordonner leur exécution en nature. Mais malgré le titre obtenu, cela n'est pas à dire que le débiteur sera contraint *in fine* d'exécuter personnellement en nature son obligation. Car là encore, le huitième livre du code de procédure civile consacré à l'exécution forcée (*Zwangsvollstreckung*) prévoit un tempérament dès lors que le débiteur n'exécute pas volontairement le jugement. Le § 887 al. 1 ZPO dispose en effet que « Lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation de faire quelque chose qu'un tiers peut faire à sa place, le créancier qui en fait la demande doit être autorisé par le tribunal de première instance ayant connu du fond de l'affaire à faire exécuter l'obligation [par quelqu'un d'autre] aux frais du débiteur

---

<sup>66</sup> Il s'agit d'une forme d'astreinte (versement unique d'une somme d'argent ne pouvant dépasser 25 000 euros), qui est versée au Trésor public et non à la partie adverse. En raison des différences qui existent entre la technique allemande du « *Zwangsgeld* » et celle de l'astreinte française, il peut sembler préférable de traduire le terme « *Zwangsgeld* » par « amende civile ».

<sup>67</sup> § 893 al. 1 ZPO : « Durch die Vorschriften dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesses zu verlangen ».

»<sup>68</sup>. L'obligation se résout donc en définitive en une forme d'exécution par équivalent, du moins dans la perspective du débiteur. Cette disposition n'est pas sans rappeler la faculté de remplacement prévue par l'article 1144 C. civ.<sup>69</sup>, sauf à remarquer qu'en droit français, le créancier peut être autorisé à y procéder déjà au cours de la procédure de jugement (*Erkenntnisverfahren*)<sup>70</sup>. Il convient de l'envisager à présent.

## 2. La procédure du jugement (« Erkenntnisverfahren »)

291. Le droit du créancier à la prestation est consubstantiel à la notion matérielle de « prétention » (*Anspruch*) et trouve une garantie également en droit processuel à travers la reconnaissance à son profit d'une action en recouvrement de la prestation (ou action en exécution : *Leistungsklage*), indépendamment de la nature de l'obligation en cause.

A l'instar du § 241 al. 1 BGB qui rassemble dans un concept unique, celui de prestation (*Leistung*), les différents types d'obligation (*dare, facere, non facere*), l'action en recouvrement d'une prestation (*Leistungsklage*) est ouverte pour n'importe quel type d'obligation. En particulier, aucune distinction n'est opérée entre les obligations monétaires et les autres, ou entre les obligations de donner et les obligations de faire ou de ne pas faire<sup>71</sup>. Au moyen de cette action, le créancier a donc le droit de forcer le débiteur à exécuter l'obligation promise en nature. C'est dire que sa principale raison d'être consiste à poursuivre la réalisation (*Durchsetzung*) de la « prétention » au sens du § 194 BGB<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> Pour la traduction de cette disposition, nous nous sommes inspiré simultanément de R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », RDC 2005, p. 226 et de F. FERRAND, « L'exécution en droit allemand », in *L'exécution*, XXIIIème Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon - 19 et 20 novembre 1999, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 42.

<sup>69</sup> Article 1144 C. civ. : « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ».

<sup>70</sup> Comp. Ph. THÉRY, « Rapport introductif : La notion d'exécution », in *L'exécution*, *op. cit.*, 2001, p. 18 : « procédé qui relève du droit substantiel ».

<sup>71</sup> Pour les obligations de ne pas faire, on parle toutefois de « *Unterlassungsklage* » (que l'on pourrait traduire par action en cessation du trouble), qui n'est cependant qu'une sous-espèce de l'action en recouvrement de la prestation (« *Leistungsklage* ») : v. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 21. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, v° *Unterlassungsanspruch*. En cas de bien-fondé, cette action donne lieu à un jugement condamnant le débiteur à cesser le trouble (« *Unterlassungsurteil* »), qui n'est autre qu'un jugement condamnant le débiteur à exécuter sa prestation (« *Leistungsurteil* ») : v. CREIFELDS, *préc.*, v° *Unterlassungsurteil*.

Comme nous l'avons vu, le rôle du juge se borne ici à vérifier si les conditions d'existence de la « prétention » du créancier sont réunies. Dans l'affirmative, il doit faire droit à la « prétention » du créancier. C'est ce qui fait dire à la doctrine que le pouvoir discrétionnaire du juge est quasiment inexistant à ce niveau<sup>73</sup>. La dénomination même de la procédure de jugement – *Erkenntnisverfahren* – est révélatrice à elle seule : le mot « Erkenntnis » signifie « connaissance » : il s'agit donc ici d'une affaire de connaissance, un terme qu'on oppose à celui de volonté et qui marque le rôle passif du juge<sup>74</sup>.

**292.** En cas de succès, l'action en recouvrement de la prestation donne lieu à un jugement condamnant le débiteur à fournir la prestation (*Leistungsurteil*), qui va pouvoir donner lieu à une exécution forcée<sup>75</sup>. Il est important de comprendre que pour rendre son jugement, le juge du contentieux statue uniquement au regard des « prétentions » (*Ansprüche*) invoquées, sans se préoccuper de la manière dont sa décision pourra être exécutée.

En clair, ce n'est pas parce que le droit des procédures d'exécution prévoit certaines restrictions à l'exécution forcée en nature en cas d'inertie du débiteur que le juge ne va pas prononcer en amont un jugement *ad ipsam rem* à son égard<sup>76</sup>. Le juge jettera tout au plus un coup d'œil dans le droit des procédures d'exécution à des fins (purement) rédactionnelles de son jugement<sup>77</sup>. En effet, le dispositif du jugement (*Urteilstenor*) doit être rédigé de façon précise, indiquer clairement ce à quoi est condamné le débiteur, afin que l'huissier de justice soit en mesure d'y trouver les

<sup>72</sup> H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, op. cit., p. 254.

<sup>73</sup> V. R. HOLZHAMMER, « Das zivilrechtliche Ermessen », in *Festschrift für Hans W. FASCHING zum 65. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 229 : « Das Entscheidungsermessen findet sich im streitigen Erkenntnisverfahren nur ausnahmsweise, weil dort gewöhnlich über das Bestehen subjektiver Rechte oder über die Auflösung von Rechtsverhältnissen verhandelt wird, so daß sich die Erkenntnistätigkeit des Richters in der Bejahung oder Verneinung des Klagebegehrens erschöpft ».

<sup>74</sup> Sur l'opposition entre acte de connaissance et acte de volition, v. notre première partie.

<sup>75</sup> Notons que seule l'action en recouvrement d'une prestation (« Leistungsklage ») confère un titre exécutoire, et permet donc une exécution forcée. Ce n'est pas le cas des autres types d'action, l'action en constatation d'un droit ou d'une obligation (« Feststellungsklage ») ou encore l'action tendant à faire modifier une situation juridique (« Gestaltungsklage ») qui est insusceptible d'exécution forcée par nature.

<sup>76</sup> Comp. U. HUBER, *Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen*, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996, § 58 I 1, p. 769 et s. : « Ist die Leistung tatsächlich unmöglich, muß die Zwangsvollstreckung notwendigerweise scheitern. Aber es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, daß Ansprüche, Leistungsklagen und Leistungsurteile von der Möglichkeit der unmittelbaren Durchsetzbarkeit im Weg der Zwangsvollstreckung abhängen. Zum Begriff des Anspruchs kann die unmittelbare Erzwingbarkeit also nicht gehören ».

<sup>77</sup> P. NEUFANG, *Erfüllungszwang als « remedy » bei Nichterfüllung. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zwangsweisen Durchsetzung vertragsgemäßen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland*, Diss. Freiburg, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 279.

consignes nécessaires à son intervention<sup>78</sup>. Arrive alors la phase d'exécution (forcée) du jugement.

### 3. La procédure d'exécution (« *Vollstreckungsverfahren* »)

**293.** Cette phase se distingue de la première non seulement en raison des acteurs qu'elle fait intervenir (a) mais aussi en raison de l'importance accordée (cette fois) à l'objet précis de la condamnation qu'il convient de mettre à exécution (b).

#### a) Des acteurs différents

**294.** Dans la période précédant l'avènement du code de procédure civile allemand de 1877, les procédés d'exécution étaient encore placés entre les mains du tribunal chargé de l'instance (*Prozessgericht*), selon le dogme de l'indivisibilité de la connaissance (*Kognition*) et de la contrainte (*Zwang*) dans l'office du juge<sup>79</sup>. Satisfaisant sur un plan théorique, le dogme de l'unité de la connaissance et de la contrainte s'avéra néfaste en pratique : le caractère judiciaire des procédés d'exécution alourdissait la procédure, ce qui nuisait à leur succès. C'est pourquoi les rédacteurs du code de procédure civile de 1877 décidèrent de confier l'exécution forcée aux huissiers de justice (*Gerichtsvollzieher*) et à un tribunal spécial, le tribunal chargé de l'exécution (*Vollstreckungsgericht*<sup>80</sup>)<sup>81</sup>. Le droit français a servi de modèle au législateur allemand pour ce qui est des premiers<sup>82</sup>. En revanche, l'idée d'instituer un tribunal spécialement compétent en matière d'exécution était novatrice<sup>83</sup>. Depuis,

<sup>78</sup> M. VAN DEN HÖVEL, E. SCHNEIDER, *Die Tenorierung im Zivilurteil*, 6. Aufl., München, Vahlen, 2014, n° 100 (« vollstreckungsfähiger Inhalt »).

<sup>79</sup> H. F. GAUL, « Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht », ZJP 1999, p. 144.

<sup>80</sup> En l'occurrence, c'est le tribunal cantonal (« Amtsgericht ») qui exerce ces fonctions.

<sup>81</sup> H. F. GAUL, art. préc., p. 145.

<sup>82</sup> *Ibid.* On notera toutefois que les pays ont tiré des conséquences différentes du fait que l'exercice de la contrainte soit considéré comme un prolongement de l'*imperium* qui est l'un des attributs de la souveraineté : en Allemagne, on en tire la conséquence que l'exécution forcée doit être assurée par des officiers judiciaires qui sont des fonctionnaires de l'Etat. En France, on ne pousse pas la logique aussi loin et l'Etat confie le soin de procéder aux mesures d'exécution forcée à des officiers ministériels que l'on appelle des huissiers, lesquels ont le monopole des exécutions (v. R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 96).

<sup>83</sup> H. F. GAUL, *ibid.* Notons qu'il existe certaines exceptions au principe de séparation du tribunal chargé de l'instance (« Prozessgericht ») et du tribunal chargé de l'exécution (« Vollstreckungsgericht »). C'est le cas précisément en matière d'exécution forcée des obligations de faire et des obligations de ne pas faire ou de laisser faire (§ 887 et s. ZPO) où le tribunal de première instance ayant connu du fond de l'affaire est compétent.

elle s'est imposée dans tout système moderne d'exécution, y compris en France où un juge de l'exécution a été créé à l'occasion de la réforme des procédures civiles d'exécution (loi du 9 juillet 1991). Les organes d'exécution ainsi déterminés, le code de procédure civile prévoit plusieurs procédés d'exécution, dont l'objet principal consiste là aussi à satisfaire le créancier<sup>84</sup>.

***b) Une prise en compte de la nature de l'obligation en cause***

**295.** Le système mis en place par le législateur allemand est très formalisé, puisqu'il prévoit des solutions propres à chaque situation, ce qui laisse peu de marge d'appréciation au tribunal chargé de l'exécution<sup>85</sup>.

Les règles établies dans le livre huit ZPO consacré à l'exécution forcée diffèrent ainsi suivant qu'il s'agit de l'exécution forcée pour créance de somme d'argent, l'exécution forcée aux fins de remise d'une chose, l'exécution forcée aux fins de provoquer une action ou une abstention et enfin celle en vue d'obtenir une déclaration de volonté<sup>86</sup>. Par là-même, le pouvoir du juge (de l'exécution) s'en trouve limité puisqu'il est obligé de prononcer la contrainte prévue expressément par le législateur pour une catégorie d'obligation donnée.

**296.** Pour prendre l'exemple le plus significatif : si le débiteur est tenu d'une obligation de faire pouvant être exécutée par un tiers (*vertretbare Handlung*) et qu'il ne s'exécute pas nonobstant une condamnation en nature rendue à son égard, le juge<sup>87</sup> n'aura d'autre choix que d'autoriser le créancier à faire exécuter la prestation par un tiers aux frais du débiteur (v. le § 887 ZPO)<sup>88</sup>. Il ne pourrait contraindre le débiteur à s'exécuter lui-même en nature, par quelque procédé que ce soit. Les pouvoirs du juge sont donc strictement circonscrits par les choix effectués en amont par le législateur quant à la nature de la contrainte pouvant être exercée sur le débiteur défaillant. C'est

---

<sup>84</sup> H. F. GAUL, art. préc., p. 138, 150 et 184 (« Gläubigerbefriedigung »).

<sup>85</sup> V. sur ce point H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 269.

<sup>86</sup> Pour un aperçu plus général de cette matière, v. F. FERRAND, « L'exécution en droit allemand », art. préc., p. 27 et s.

<sup>87</sup> Rappelons qu'ici, il ne s'agit pas du juge de l'exécution mais du juge du contentieux (tribunal ayant statué sur le fond).

<sup>88</sup> V. également R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », RDC 2005, p. 227.

dire l'impact de ce code sur le mode d'exécution de la condamnation, et, partant, sur le droit à l'exécution forcée en nature.

## **B. LE RÔLE CENTRAL DU DROIT DES PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION**

**297.** La compréhension du régime allemand de l'exécution forcée en nature passe par le code de procédure civile. En effet, son existence et les règles qu'il contient ont permis aux auteurs du BGB de consacrer un principe général d'exécution en nature des obligations.

C'est vrai à double titre : d'un côté, en mettant à disposition des moyens de coercition sans lesquels l'affirmation d'un droit à l'exécution forcée en nature des obligations serait restée toute théorique (1), de l'autre en réalisant en son sein un équilibre entre le droit du créancier d'obtenir effectivement son dû (principe d'efficacité) et le droit du débiteur à voir ses intérêts pris en compte, en particulier la protection de sa liberté (souci d'humanité) (2).

### **1. Le code de procédure civile (ZPO) : support du droit à l'exécution forcée en nature**

**298.** Nous irons plus vite sur l'influence positive qu'a pu avoir l'avènement du code de procédure civile allemand sur l'affirmation d'un droit *substantiel* à l'exécution en nature des obligations car ce phénomène de cause à effet n'est pas propre au droit allemand et n'est donc pas le plus intéressant d'un point de vue comparatiste. Comme l'a noté un auteur, en Angleterre par exemple, l'exclusivité initiale de l'exécution par équivalent s'expliquait par l'absence de pouvoir des tribunaux de *common law* d'assurer l'exécution directe de leurs décisions ; ceux-ci n'ordonnaient pas l'exécution en nature, faute de pouvoir obtenir du défendeur récalcitrant qu'il se conforme à la condamnation<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », art. préc., p. 795. Selon l'auteur, cette situation se modifia lorsque le droit des contrats a pu bénéficier des sanctions plus énergiques de l'*Equity*, tels le *decree of specific performance* ou l'*injonction de ne pas faire* qui, bien que dépourvues de force exécutoire propre, tiraient leur redoutable efficacité des mesures pénales pouvant être prises à l'égard de la partie condamnée en cas d'outrage à la cour (*contempt of court*).



Il est important de souligner que les travaux de préparation d'un code de procédure civile ont débuté dès les années 1860 ; ils ont été ponctués par plusieurs avant-projets qui ont débouché en 1877 sur la promulgation du nouveau code de procédure civile (« Deutsche Civilprozessordnung »). Deux années plus tard, c'est-à-dire bien avant la naissance du BGB, ce code entrait en vigueur<sup>90</sup>. C'est dire que l'effectivité du principe de l'exécution forcée en nature était assurée dès l'entrée en vigueur du BGB en 1900.

« Effectivité » et « efficacité » sont d'ailleurs les maîtres-mots des procédures d'exécution instituées par le code de procédure civile allemand<sup>91</sup>. En témoignent certains procédés de contrainte vigoureux qui ont été abolis en droit français, tels que la contrainte par corps (*Zwangshaft*)<sup>92</sup>, prévue, comme on l'a vu, pour l'exécution forcée des obligations de faire ne pouvant être le fait que du débiteur lui-même (v. le § 888 ZPO) ou encore pour l'exécution forcée des obligations de ne pas faire ou de laisser faire (v. le § 890 ZPO<sup>93</sup>).

**299.** Il est intéressant de relever qu'au cours de la procédure de codification, certaines voix s'élevaient à l'encontre de ces dispositions. Reichensperger en particulier, un député du *Reichstag*, avait formulé une contre-proposition tendant à la suppression de ces dispositions en se référant au principe de l'exécution par équivalent des obligations de faire posé par l'article 1142 C. civ. Sa contre-proposition n'eut toutefois aucun succès<sup>94</sup>. Pour les rédacteurs du code de procédure civile, il ne faisait aucun doute que le but de l'exécution forcée (*Zwangsvollstreckung*) était de permettre au créancier d'obtenir une « véritable »

---

<sup>90</sup> Pour plus de détails, v. l'article très documenté de J. DAWSON, « Specific Performance in France and Germany », *Michigan Law Review* (1959) 57, p. 525 et s.

<sup>91</sup> V. M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue, op. cit.*, p. 101.

<sup>92</sup> Bien qu'elle soit conçue comme *ultima ratio* et que son champ d'application soit limité par le § 888 al. 3 ZPO, la différence avec le droit français est frappante. En France, la contrainte par corps a été abolie en matière civile et commerciale par une loi du 22 juillet 1867 : v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1093. Certains, comme RIPERT, y ont vu une illustration d'une tendance générale en faveur de la libération des débiteurs, signe selon lui d'une « décadence de la souveraineté du contrat » : v., sur son ouvrage intitulé *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (1936), l'exposé de J.-P. CHAZAL, RDC 2004, p. 247 et s.

<sup>93</sup> Ce texte dispose en son premier alinéa que si le débiteur viole une obligation de ne pas faire (« *Unterlassung* ») ou de laisser faire (« *Duldung* »), il peut être, sur la demande du créancier, condamné, par le tribunal de première instance, à une amende (« *Ordnungsgeld* ») ou, si cette dernière risque de ne pouvoir être payée, à une contrainte par corps (« *Ordnungshaft* ») dont la durée ne peut être supérieure à six mois (trad. reprise de F. FERRAND, « L'exécution en droit allemand », art. préc., p. 42 et s.).

<sup>94</sup> L'initiative est relatée par M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue, op. cit.*, p. 110.

exécution, c'est-à-dire l'exécution en nature de son obligation<sup>95</sup>. L'initiative de Reichensperger illustre par ailleurs à elle seule combien la limitation du droit à l'exécution forcée en nature est une question de droit substantiel en droit français tandis qu'il s'agit d'une question procédurale en droit allemand. Nous aurons l'occasion de revenir sur cet aspect capital.

Bien que les procédures d'exécution allemandes puissent paraître particulièrement sévères au juriste français à certains égards, il n'en demeure pas moins que celles-ci sont dominées également par le principe de proportionnalité, ce qui réduit d'autant leur effectivité<sup>96</sup>. Les nombreux tempéraments apportés par le code de procédure civile au droit du créancier à l'exécution forcée en nature en constituent l'expression.

## ***2. Le code de procédure civile (ZPO) : limite au droit à l'exécution forcée en nature***

**300.** Au vu des multiples tempéraments apportés à l'exécution forcée en nature (*Naturalerfüllungszwang*) au stade des procédures d'exécution, certains vont jusqu'à affirmer que celle-ci devient l'exception sur le terrain procédural<sup>97</sup>.

Nous avons vu en effet que pour certains types d'obligation, l'absence d'exécution volontaire de la *condamnation* en nature par le débiteur aboutissait à une exécution forcée par équivalent (v. le § 887 ZPO précité relatif aux obligations de faire pouvant être réalisées par un tiers), voire à une absence d'exécution forcée (v. le § 888 al. 3 ZPO concernant les prestations de service)<sup>98</sup>. Il y a là sans nul doute une modération de la contrainte, justifiée par la volonté de ne pas porter une atteinte trop grande à la liberté du débiteur<sup>99</sup>. D'aucuns soulignent à ce titre que plus la liberté individuelle du débiteur est affectée, plus les mesures d'exécution sont faibles<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> C'est ce qui ressort très nettement des travaux préparatoires du code de procédure civile, reproduits chez M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, *ibid.* : « In dem Entwurfe wird auch bei der Verpflichtung zu einer Handlung oder Unterlassung als Ziel der Zwangsvollstreckung die wirkliche Erfüllung festgehalten ».

<sup>96</sup> V. H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, *op. cit.*, p. 195, 221 et s., 254 et s.

<sup>97</sup> T. REPGEN, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, §§ 362-371, n° 1 et 21.

<sup>98</sup> On peut citer également le § 811 ZPO qui contient la liste principale des biens insaisissables.

<sup>99</sup> H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, *op. cit.*, p. 221 (« Moderation des Zwangs »).

<sup>100</sup> T. REPGEN, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, §§ 362-371, n° 21.

Mais les limites apportées au principe de l'exécution forcée en nature relèvent également de considérations pragmatiques<sup>101</sup>. Celles-ci transparaissent nettement au § 887 ZPO : lorsque le débiteur n'exécute pas son obligation de faire quelque chose qu'un tiers pourrait faire à sa place, il semble inutile de vouloir vaincre sa résistance par la contrainte (« astreinte » ou contrainte par corps)<sup>102</sup>. Il suffit de permettre au créancier de se procurer la prestation promise auprès d'un tiers, mais aux frais du débiteur, ce que prévoit le texte.

Au demeurant, il ne semble pas y avoir là une transformation « déguisée » du droit primaire (droit à l'exécution en nature) en droit secondaire (exécution par équivalent), une thèse pourtant soutenue par un grand nombre d'auteurs. Cette faculté de remplacement est bien un moyen de réaliser le droit primaire. Ainsi qu'il a été relevé à juste titre, lorsqu'il s'agit de contraindre à l'exécution (*Leistungszwang*), c'est le résultat de l'exécution forcée (*Vollstreckungserfolg*) qui importe<sup>103</sup> ! La transformation de l'obligation du débiteur en une obligation de somme d'argent n'est qu'un moyen de parvenir à ce résultat. On remarquera à cet égard qu'en droit français, la faculté de remplacement prévue par l'article 1144 C. civ. est perçue par la doctrine majoritaire comme un mode d'exécution forcée en nature de l'obligation<sup>104</sup>.

**301.** Aussi l'affirmation selon laquelle l'exécution forcée en nature ne serait que l'exception au niveau des procédures d'exécution mérite-t-elle d'être relativisée. Elle est le fruit bien souvent de la méthode comparative dite fonctionnelle qui vise à montrer qu'au-delà de la différence des procédés techniques utilisés, les solutions retenues dans les divers systèmes juridiques sont en définitive équivalentes d'un droit à l'autre. Ce qui est certain en tout cas, c'est qu'en raison des limitations apportées à l'exécution forcée en nature par le code de procédure civile allemand (ZPO), le code

<sup>101</sup> V. à ce titre H. UNBERATH, *ibid.*

<sup>102</sup> R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », RDC 2005, p. 226.

<sup>103</sup> H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 260.

<sup>104</sup> V. M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. Toulouse I, préf. P. HÉBRAUD, Paris, LGDJ, 1974, p. 177 et s. ; J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 94 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1114 et s. ; V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, th. préc., n° 11 ; J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », JCP 2008, I, 143, p. 14 ; L. LEVENEUR, H. LÉCUYER, « Exécution des obligations (art. 1152 à 1156-2) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, op. cit.*, p. 52 ; H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSSON, J. RUTGERS, D. TALLON, S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2<sup>d</sup> ed., Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 840 et s.

civil allemand (BGB), qui rappelons-le, est né *après* l'entrée en vigueur du premier, a pu consacrer un principe général d'exécution en nature des obligations. Il s'agit là de l'élément clé qui permet de comprendre comment le droit matériel allemand a pu partir d'une conception quasi absolue de la force obligatoire du contrat<sup>105</sup>.

**302.** Pour conclure, on soulignera que la stricte séparation des procédures de jugement et d'exécution, telle qu'elle prévaut en droit allemand, n'est pas neutre en termes de politique juridique. En effet, elle permet au créancier d'obtenir un jugement enjoignant au débiteur d'exécuter son obligation en nature indépendamment des difficultés susceptibles d'intervenir au niveau des procédures d'exécution. En Allemagne, on estime qu'une telle condamnation en nature opère déjà à elle seule une certaine contrainte morale sur le débiteur, dans la mesure où la méconnaissance par ce dernier de la condamnation judiciaire est perceptible par tous et pourrait venir mettre en danger sa réputation commerciale<sup>106</sup>. Pour le sujet qui nous intéresse, on retiendra surtout que dans ce système, le créancier est entièrement libre d'opter ou non pour l'exécution forcée en nature de l'obligation : c'est lui le véritable maître des choix<sup>107</sup>.

On terminera en observant qu'un auteur belge a défendu dans sa thèse un principe de solution qui rejoint la logique du dispositif allemand de l'exécution forcée en nature. Dans son ouvrage, qui a eu un grand écho en France<sup>108</sup>, Patrick Wéry a affirmé qu'il convenait de distinguer deux questions, celle de la condamnation à l'exécution et celle de l'exécution de la condamnation, laquelle relèverait du droit des procédures civiles d'exécution<sup>109</sup>. Selon l'auteur, les difficultés pouvant survenir sur le terrain des procédures d'exécution n'excluraient pas que le juge puisse prononcer en amont une condamnation à exécuter, assortie éventuellement d'une astreinte. En particulier, l'adage *nemo praecise cogi ad factum* n'aurait nullement pour effet de limiter à certaines obligations le pouvoir du juge de prononcer l'exécution en nature.

---

<sup>105</sup> T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Diss. Köln, Paderborn, Schönigh, 1994, p. 330 ; le même, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, §§ 362-371, n° 21.

<sup>106</sup> P. NEUFANG, *op. cit.*, p. 280.

<sup>107</sup> Insistent sur ce point également : H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, *op. cit.*, p. 241, 269 ; J. KLEINSCHMIDT, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, v° *Erfüllungsanspruch*.

<sup>108</sup> V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 16-2.

Il ferait seulement obstacle à certains procédés d'exécution trop brutaux. Aussi convaincante qu'elle soit sur le plan intellectuel<sup>110</sup>, la thèse de M. Wéry ne reflète pas le droit positif français. C'est ce qu'il convient de montrer à présent.

## SECTION II - UN POUVOIR CONTROVERSÉ EN DROIT FRANÇAIS

**303.** Contrairement au droit allemand où le conflit entre le droit du créancier (à l'exécution en nature de l'obligation) et la liberté du débiteur a été résolu sur le terrain des procédures d'exécution, en droit français, ledit conflit n'a pas quitté le siège du Code civil où il continue à agiter les esprits. La difficulté du droit français tient à ce que tout part ici de l'article 1142 C. civ.<sup>111</sup> (§ 1). Or, ce texte, par sa facture générale, donne lieu à de multiples interprétations et à de nombreuses controverses, qui sont autant de facteurs d'incertitude du droit. Pour l'heure, il est interprété comme un principe restrictif du pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature de l'obligation inexécutée (§ 2).

### § 1. LA PLACE CENTRALE OCCUPÉE PAR L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL

**304.** L'idée d'exécution forcée en nature est portée par le Code civil puisque l'article 1184 al. 2 dispose que « (...) La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de *forcer l'autre à l'exécution de la convention* lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et

---

<sup>109</sup> P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préf. I. MOREAU-MARGRÈVE, Liège, Kluwer, 1993.

<sup>110</sup> Pour une critique toutefois, v. Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 48. L'auteur considère que la thèse soutenue par WÉRY pêche par son académisme. Surtout, le fait de reléguer l'art. 1142 C. civ. (ou l'adage *pacta sunt servanda*) au stade de l'*imperium*, c'est-à-dire au stade des procédures d'exécution, conduirait à considérer que toute résistance du débiteur au jugement le condamnant serait justifiée en droit par application de l'art. 1142 C. civ. Comme le relève LAITHIER : « La liberté de ne pas exécuter la condamnation en nature choque apparemment moins que la liberté de ne pas exécuter un contrat ». Et celui-ci de poursuivre : « Ce résultat est inacceptable. Il nous semble en effet infiniment plus grave de violer un jugement qu'un contrat ». La critique tourne donc essentiellement autour du sens qu'il convient de donner à l'art. 1142 C. civ. Elle condamne la consécration d'une disposition aussi générale que l'art. 1142 C. civ. qui viendrait « cautionner le non-respect d'une condamnation », en ne prévoyant que l'allocation de dommages-intérêts en cas de non-exécution de la condamnation. Elle ne remet donc pas en cause le modèle allemand qui, nous l'avons vu, va jusqu'à prévoir dans certains cas une contrainte par corps à titre d'exécution forcée du jugement.

intérêts »<sup>112</sup>. Mieux encore, on lui attribuerait volontiers les vertus de simplicité et de clarté qui font défaut au droit allemand<sup>113</sup>. En outre, et pour reprendre l'expression d'un auteur, l'article 1184 al. 2 a son « envoyé spécial » dans le droit des procédures civiles d'exécution, où l'article L. 111-1 du code des procédures civiles d'exécution<sup>114</sup> (anciennement l'art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991) dispose que « tout créancier peut, dans les conditions prévues par la loi, contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard »<sup>115</sup>. Mais c'est sans compter avec l'article 1142 C. civ. qui semble postuler le principe inverse, du moins pour la catégorie des obligations de faire et de ne pas faire.

**305.** Les controverses doctrinales relatives au point de savoir si pour toutes les obligations le juge dispose du pouvoir d'ordonner l'exécution en nature tournent, dans les pays soumis au Code civil de 1804, autour de l'interprétation à donner à l'article 1142 C. civ. aux termes duquel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur »<sup>116</sup>. Etant donné que la catégorie des « obligations de faire ou de ne pas faire » s'oppose, dans le système juridique français, à celle des « obligations de donner » et que celle-ci n'englobe, selon l'opinion dominante, que l'obligation de transférer la propriété ou un autre droit réel, qui a elle-même été réduite pratiquement à rien par l'admission du transfert automatique de la propriété par le seul accord des volontés, de telle sorte qu'on a pu présenter récemment l'obligation de donner comme un « mythe », il est évident que l'article 1142, qui concerne ainsi toutes les obligations, ne pouvait que poser la question de la place laissée par le droit positif français à la condamnation à exécuter<sup>117</sup>.

---

<sup>111</sup> V. Ph. THÉRY, « L'exécution forcée », art. préc., p. 17.

<sup>112</sup> Nous soulignons.

<sup>113</sup> Comp. Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, Munich, Sellier. European Law Publishers, 2009, p. 834 : « The principle of enforced performance *in natura* is particularly emphasised in FRENCH law ».

<sup>114</sup> Ce code est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2012.

<sup>115</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 38.

<sup>116</sup> G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 172.

<sup>117</sup> *Ibid.*

C'est l'impératif de liberté individuelle qui sous-tend la règle de l'article 1142 C. civ.<sup>118</sup> Celle-ci signifie à première vue que toute contrainte sur la personne est inacceptable et que seule une sanction patrimoniale peut être envisagée<sup>119</sup>. L'analyse du droit allemand a montré que la contrainte pouvait s'exprimer à deux niveaux : dans la condamnation même à l'exécution en nature et dans l'exécution forcée de cette condamnation. La règle posée par l'article 1142 C. civ. peut donc signifier deux choses : ou bien que l'Etat répugne par principe à venir contraindre le débiteur à tenir sa promesse ou qu'il répugne simplement à employer des moyens qui seraient contraires à la liberté individuelle<sup>120</sup>. En droit français, il n'est pas toujours aisé de déterminer le sens attribué à l'article 1142 C. civ. tant les deux considérations sont imbriquées. C'est que l'exécution forcée en nature participe à la fois de la *jurisdictio* et de l'*imperium* (A). Contrairement au droit allemand, les limites apportées à l'exécution forcée en nature sont de l'ordre du droit substantiel (B).

### **A. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE : ENTRE JURISDICTION ET IMPERIUM**

**306.** Au lendemain de la promulgation du Code civil, on a insisté sur le fait que le juge aurait été privé de l'*imperium* dont disposait le magistrat romain<sup>121</sup>. Le juge civil aurait perdu ainsi la possibilité d'imposer directement à un particulier un acte ou une abstention, ce qui expliquerait que les rédacteurs du Code civil ne lui aient reconnu, par l'article 1142, que la possibilité d'exercer sur les plaideurs des pressions indirectes par le biais des condamnations à dommages et intérêts<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., Art. 1136 à 1145, Fasc. 10, n° 107. La doctrine rattache le texte de l'article 1142 C. civ. à la maxime « *Nemo praecise cogi ad factum* » : v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 16-1, p. 50.

<sup>119</sup> Ph. SIMLER, *ibid.*, n° 77. L'auteur fait observer que l'exécution des obligations de faire met en jeu des intérêts – la liberté et la dignité de l'homme, voire son intégrité physique – qui sont jugés supérieurs aux intérêts patrimoniaux découlant de l'inexécution des obligations.

<sup>120</sup> Comp. W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, p. 703.

<sup>121</sup> V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 16-1, p. 51, qui s'appuient ici sur des auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle comme LAROMBIÈRE, TOULLIER et ACCOLAS. On peut citer également E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté* (dir. R. DEMOGUE), t. 3, Paris, Recueil Sirey, 1936, Article 1142, n° 9, p. 231, qui relate qu'il paraissait contestable que, sous le régime du Code civil, les juges aient gardé le pouvoir de commander. *Adde* J. DAWSON, « Specific Performance in France and Germany », *Michigan Law Review* (1959) 57, p. 506 et s., qui dépeint parfaitement le contexte historique et idéologique qui entoure la rédaction de l'art. 1142 C. civ. Selon cet observateur étranger, la formule de l'art. 1142 avait le « mérite » de restreindre sévèrement les pouvoirs du juge, ce dernier étant perçu alors comme un danger potentiel pour l'Etat reconstitué.

<sup>122</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *ibid.* V. en ce sens également H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », art. préc., p. 796 : « Dépourvu en effet des moyens d'assurer que la partie condamnée participât activement à l'exécution de la condamnation, le juge ne pouvait octroyer la réparation en nature ;

Cette réflexion invite à s'interroger sur la nature exacte du pouvoir du juge ordonnant l'exécution en nature de l'obligation.

**307.** Bien souvent, la doctrine évoque, par les termes d'*imperium* et de *jurisdictio*, des aspects différents du pouvoir complexe et multiforme du juge. Suivant une définition usuelle, la *jurisdictio* désigne l'action de dire le droit (de trancher le litige par application du droit) tandis que l'*imperium* renvoie aux diverses manifestations du pouvoir de commandement qui est dévolu au juge<sup>123</sup>. Or l'hypothèse qui nous intéresse ici peut laisser dubitative : où la situer exactement ?

Le mot « ordonner » renvoie bien évidemment à l'idée d'*imperium*<sup>124</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'en enjoignant au débiteur d'exécuter en nature, le juge tranche le litige en donnant droit au créancier. On peut effectuer ici un parallèle édifiant avec les pouvoirs qui sont reconnus à l'arbitre que l'on sait démuné d'*imperium*<sup>125</sup>. Dans un arrêt du 19 mai 1998, la cour d'appel de Paris a jugé que « *Le litige relatif à la cession des parts sociales d'une société commerciale et portant sur le point de savoir si le contrat est valide et si son exécution peut être imposée au débiteur est bien arbitral, dans la mesure où aucun principe général du droit ni aucune loi impérative ne soustrait cette matière à l'arbitrage. L'absence d'imperium de l'arbitre a seulement pour conséquence de le priver de tout pouvoir coercitif à l'égard des parties et des tiers en subordonnant notamment l'efficacité de sa décision à l'exequatur de l'autorité publique. Elle ne lui interdit pas en revanche, lorsque telle est sa mission, de prescrire aux parties des obligations de faire, sauf à faire dépendre l'exécution forcée*

---

c'est bien là le sens originaire des termes de l'article 1142 du code civil ». On notera à ce titre qu'à l'inverse du droit allemand, le Code civil est né avant le code de procédure civile, paru en 1806.

<sup>123</sup> V. *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Jurisdictio et Imperium. Ainsi la Justice (*Iustitia*) tient-elle d'une main la balance, au moyen de laquelle elle pèse le droit et de l'autre l'épée, au moyen de laquelle elle le défend.

<sup>124</sup> Comp. *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Schmidt, 1978, v° Imperium (« Befehls-gewalt » : « pouvoir de donner des ordres »).

<sup>125</sup> L'arbitre n'est investi que de la *jurisdictio* : « il dit le droit ». Si la sentence n'est pas exécutée spontanément, il devient nécessaire d'en imposer l'exécution avec le concours de la force publique. Seul le juge étatique peut le faire puisqu'il dispose de l'*imperium* qui n'appartient pas à l'arbitre. C'est là la fonction principale de l'*exequatur* : la procédure consiste à demander au juge étatique de conférer à la sentence ce que l'arbitre n'a pas le pouvoir de lui conférer : la force exécutoire (v. l'art. 1516 CPC ; J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 1005, n° 116 et s.).



de sa décision du contrôle préalable de l'autorité publique »<sup>126</sup>. L'ordre donné au débiteur d'exécuter sa prestation en nature relève donc bien de la *jurisdictio*.

Jacques Moury va même jusqu'à considérer que « A la *jurisdictio* correspond le pouvoir qui appartient au juge, saisi d'une contestation qui s'élève dans un cas concret, d'y mettre un terme en constatant le droit qui est applicable à la situation litigieuse *et en ordonnant les mesures propres à en assurer le respect* »<sup>127</sup>. En droit romain, ces mesures étaient qualifiées d'*imperium mixtum*. Le terme d'*imperium* que l'on opposait à celui de *jurisdictio* désignait généralement le pouvoir de mettre à exécution ses ordres, contre la volonté de l'individu, à l'aide de moyens de contrainte<sup>128</sup>. Or ce pouvoir, cet *imperium* était ou bien *mixtum*, ou bien *merum*<sup>129</sup>. L'*imperium merum* a pu être défini comme le noyau dur de l'*imperium* : le pouvoir de contrainte, par opposition à l'*imperium mixtum* qui est cette parcelle d'*imperium* pur qui est indissociable de la *jurisdictio*<sup>130</sup>. Cette « puissance mixte » appelée *imperium mixtum* était le pouvoir de mettre à exécution son commandement, son jugement, par des moyens coercitifs. Il s'agissait donc d'un pouvoir que l'on dissociait de la *jurisdictio* mais qui appartenait au magistrat qui avait la *jurisdictio* car sans cet *imperium*, celle-ci aurait été illusoire et inefficace, et cet *imperium* est qualifié de *mixtum* parce qu'il est incorporé, lié à la *jurisdictio*. C'est dire les liens étroits qui existent entre la *jurisdictio* et l'*imperium*, la condamnation en nature et les moyens qui doivent en assurer l'exécution. La plupart des auteurs français insistent d'ailleurs sur l'unité de ces deux faces du pouvoir judiciaire<sup>131</sup>.

<sup>126</sup> Juris-Data n° 1998-133392 (nous soulignons).

<sup>127</sup> J. MOURY, « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Paris, Dalloz, 1996, p. 299 (nous soulignons).

<sup>128</sup> *Deutsche Encyclopädie oder Allgemeines Real-Wörterbuch aller Künste und Wissenschaften*, 17. Bd., F.a.M., Varrentrapp Sohn und Wenner, 1793, v° Imperium : « Das Imperium begreift im Allgemeinen die Gewalt, seine Befehle wider jemand auch wider seinen Willen mit Gewalt, durch Zwangsmittel zu vollziehen ».

<sup>129</sup> *Deutsche Encyclopädie oder Allgemeines Real-Wörterbuch aller Künste und Wissenschaften*, *ibid.* ; *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953, v° Imperium; *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, *op. cit.*, v° Imperium merum et mixtum ; L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, v° Imperium.

<sup>130</sup> Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », in *Etudes offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 263. Selon certaines analyses, le mot *imperium merum* renverrait à la juridiction pénale uniquement : *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, préc., v° Imperium merum ; *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, préc., v° Imperium merum et mixtum (selon cette dernière source, la distinction entre l'*imperium merum* et l'*imperium mixtum* remonterait à un passage d'ULPIEN où le premier terme renverrait au pouvoir répressif et le second à la justice civile).

<sup>131</sup> V. P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », RIDC 1957, p. 186 : « Il n'est pas légitime de pousser cette distinction [*imperium/jurisdictio*] jusqu'à une séparation complète, chacun d'eux ayant une existence propre et autonome (...) Ses pouvoirs sont toujours ceux d'un juge, et ils comportent, indissolublement unies, ces deux faces, *jurisdictio* et *imperium* » ; Ch. JARROSSON, art. préc., p. 265 : « il est donc erroné de prétendre que la *jurisdictio* se situe en dehors de l'*imperium*. Certes, il y a une distinction schématique assez facile à réaliser entre ce qui consiste, dans la mission du juge, à dire le droit, et ce qui peut relever de son seul pouvoir de commandement, mais il n'existe pas de frontière nette » (fort d'une analyse

La jurisprudence récente donne raison à Jacques Moury. Dans un arrêt remarqué en date du 16 janvier 2007, la première chambre civile de la Cour de cassation a énoncé au visa des articles 1134 et 1142 C. civ., ensemble les articles 4 et 12 NCPC que « le prononcé de mesures (...) destinées à assurer une telle exécution [en nature] et le respect des engagements souscrits entre dans les pouvoirs des juges du fond tenus de trancher le litige (...) »<sup>132</sup>.

Ce faisant, elle cassait la décision d'une cour d'appel qui avait considéré que le prononcé de mesures d'interdiction et de retrait relevait exclusivement du pouvoir du juge des référés et non du pouvoir des juges du fond. Les faits à l'origine de cette décision étaient les suivants : une société avait cédé à une autre le droit d'exploiter une œuvre pour une durée de cinq ans et s'interdisait, pendant la durée du contrat, de publier ou de laisser publier cet ouvrage dans une collection à grande diffusion, sauf à pratiquer un prix au moins deux fois et demi supérieur. La cédante s'apprêtant à violer ses engagements, la cessionnaire l'avait assignée en référé en interdiction de poursuivre les actes de commercialisation et en retrait de la vente des exemplaires mis sur le marché. L'affaire avait été renvoyée au fond par application de l'article 811 NCPC<sup>133</sup>. La cour d'appel, dans un arrêt infirmatif, avait débouté la cessionnaire de ses prétentions au motif qu'en interdisant la poursuite de la commercialisation de l'ouvrage litigieux, les premiers juges avaient excédé leurs pouvoirs en méconnaissant l'article 809 NCPC<sup>134</sup>, qui confère au seul juge des référés le droit de prononcer une mesure d'interdiction, et violé l'article 1142 C. civ., qui dispose que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. C'est ce raisonnement que censure la Cour de cassation qui considère au contraire qu'en sollicitant le prononcé d'une mesure visant à interdire, sous astreinte, la poursuite des actes de commercialisation entrepris par la

historique, l'auteur affirme que le mot *imperium* englobe en définitive toutes les facettes du pouvoir du juge, y compris donc la *jurisdictio* ; *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° *Jurisdictio* ; H. ROLAND, L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998, v° *Imperium* : « La plupart du temps, l'*imperium* est inséparable de la *jurisdictio* (...) ».

<sup>132</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, D. 2007, p. 1119, note O. GOUT, RDC 2007, p. 719, obs. D. MAZEAUD, JCP 2007, I, 161, obs. M. MEKKI.

<sup>133</sup> Art. 811 NCPC : « A la demande de l'une des parties et si l'urgence le justifie, le président saisi en référé peut renvoyer l'affaire à une audience dont il fixe la date pour qu'il soit statué au fond. (...) ».

<sup>134</sup> Art. 809 NCPC : « Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. (...) ».

cédante en méconnaissance de ses engagements, la cessionnaire n'avait fait qu'user de sa faculté reconnue à toute partie contractante de poursuivre l'exécution forcée de la convention lorsque celle-ci est possible, de sorte que le prononcé d'une telle mesure, en ce qu'elle tendait à l'exécution forcée de la convention, relevait des pouvoirs du juge du fond.

La doctrine a félicité la Cour de cassation d'avoir visé à la fois des textes de fond et de procédure, démontrant que les solutions de droit substantiel peuvent être conditionnées par les règles procédurales. En particulier, il a été souligné que la solution permettait au juge du fond de disposer de l'ensemble des outils pour faire prévaloir chaque fois que cela est possible l'exécution en nature du contrat inexécuté<sup>135</sup>. On voit ici combien dans la phase même du jugement, la *jurisdictio* et l'*imperium (mixtum)* se conjuguent pour donner satisfaction au créancier<sup>136</sup>. Comme le faisait observer Pierre Draï en 1986 déjà, l'idée « qu'il entre dans les pouvoirs de tout juge – y compris du juge du fond – de veiller à l'exécution effective de ses décisions et (...) de fournir à la partie gagnante les voies et moyens propres à assurer l'effectivité des droits et prérogatives qu'il lui a reconnus », a fait son chemin<sup>137</sup>.

**308.** Le juge français dispose à ce titre de moyens redoutables. On pense évidemment à la technique de l'astreinte que les juges ont créée de toute pièce au lendemain de la promulgation du Code civil<sup>138</sup> et qui vient en renfort de la mesure de cessation dans l'arrêt précité de 2007. L'astreinte, condamnation pécuniaire

<sup>135</sup> O. GOUT, note préc.

<sup>136</sup> Les deux versants du pouvoir du juge (dire le droit/prononcer des mesures de contrainte) sont plus nettement séparés en droit allemand. Le cas de l'inexécution d'une obligation de ne pas faire est intéressant à ce titre. A première vue, le dispositif du jugement (« Urteilstenor ») semble contenir également une mesure de contrainte, relevant de cet *imperium mixtum*. Rappelons que pour les obligations de ne pas faire (« Unterlassungen »), les moyens de contrainte prennent la forme d'une sanction contre les actes commis en violation de l'obligation : une amende civile (« Ordnungsgeld ») dont le montant ne peut dépasser 250.000 euros ou une peine d'emprisonnement (« Ordnungshaft ») d'une durée de deux ans au plus (v. le § 890 ZPO). Une telle condamnation devra toutefois être précédée d'une menace (« Androhung », v. le § 890 al. 2 ZPO), susceptible d'être prononcée par le juge du contentieux en même temps qu'il ordonne au débiteur de s'abstenir d'un fait. Dans ce cas, le dispositif du jugement comprendra d'une part, la condamnation du débiteur à ne pas faire, et d'autre part, l'énoncé des sanctions que le débiteur risque d'encourir en cas d'inexécution de la condamnation (menace). Il s'agit là d'une exception ne s'appliquant que dans le cadre d'actions en exécution d'une obligation de ne pas faire et d'actions ayant pour but de faire tolérer quelque chose (« Duldung einer Handlung »). On pourrait être tenté de voir ici l'association du droit substantiel et du droit procédural, telle qu'elle prévaut en droit français. La Cour fédérale allemande est venue préciser toutefois que la menace énoncée dans le jugement ne constituait pas une mesure d'exécution contrairement à celle qui serait prononcée postérieurement au jugement rendu : BGH I. Zivilsenat, 16.5.1991, NJW 1992, p. 750 : « Anders als die nachträgliche Androhung von Ordnungsmitteln im Beschlußwege, die als Maßnahme der Zwangsvollstreckung anzusehen ist (...), ist die in das Urteil aufgenommene Androhung keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung, sondern eine aus Zweckmäßigkeitsgründen in das Erkenntnisverfahren verlagerte Entscheidung (...) » ; BGH I. Zivilsenat, 29.9.1978, NJW 1979, p. 217.

<sup>137</sup> P. DRAÏ, « L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », RIDC 1986, p. 516.

accessoire à la condamnation qu'elle assortit, est destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une obligation. Elle est réglementée aujourd'hui aux articles L. 131-1 à L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution.

Comme l'énonce l'article L. 131-1 dudit code, « Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision ». Ainsi, le juge saisi du contentieux de l'inexécution a la faculté d'assortir sa condamnation en nature d'une astreinte en vue de faire pression sur le débiteur pour l'inciter à exécuter la décision qui le condamne. Bien qu'il incombera généralement au juge de l'exécution de liquider l'astreinte, son prononcé par le juge du contentieux témoigne déjà à lui seul des larges pouvoirs de ce dernier. Le pouvoir exercé par le juge est considérable : non seulement il est libre d'en fixer le montant<sup>139</sup> mais il est libre également de l'ordonner ou non<sup>140</sup>. Comme l'a finement analysé un auteur, le pouvoir du juge peut jouer dans plusieurs sens : l'astreinte permet au juge de donner un poids à sa condamnation *ad ipsam rem*, mais inversement, le juge peut rendre illusoire la condamnation en nature en refusant l'astreinte, qui est à son entière discrétion<sup>141</sup> !

La nature de l'astreinte donne lieu elle aussi à controverses. Pour les auteurs allemands, il s'agit d'une institution qui relève clairement du domaine de l'*imperium*. Comme le soulignent certains, le fait que l'astreinte puisse être ordonnée d'office par le juge montre qu'elle n'est pas seulement un moyen de réaliser les prétentions des parties (leurs droits) mais aussi un procédé visant à asseoir l'autorité judiciaire<sup>142</sup>. Aussi la consécration de cette institution (française) par les Principes d'UNIDROIT a-t-elle suscité un certain étonnement au sein de la communauté juridique allemande. En effet, ces Principes énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international<sup>143</sup>. Ils édictent donc du droit matériel. La faculté accordée au tribunal ordonnant l'exécution en nature d'imposer au débiteur une pénalité s'il ne se

<sup>138</sup> Req., 29 janvier 1834, DP 1834, 1, p. 81, *GAJC*, t. 2, n° 247.

<sup>139</sup> Comme le soulignent F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1122, l'astreinte est « librement et, d'une certaine manière, arbitrairement fixée par le juge, de façon à en assurer le caractère comminatoire. Elle est donc essentiellement variable en fonction des circonstances et de la situation du débiteur ».

<sup>140</sup> Sur ce pouvoir discrétionnaire du juge au sens large du terme, v. R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution, op. cit.*, n° 79 et 80.

<sup>141</sup> P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 109.

<sup>142</sup> O. REMIEN, *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld*, Diss. Hamburg, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1992, p. 44. Rappr. M. A. ESMEIN, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTD civ.* 1903, p. 16 et s.

<sup>143</sup> V. le Préambule des Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 2010.

conforme pas à la décision<sup>144</sup> est perçue comme un « corps étranger » dans un dispositif de droit matériel, la mesure relevant du droit de l'exécution<sup>145</sup>. Les auteurs français, quant à eux, sont plus portés à penser que « La théorie des astreintes, pièce désormais essentielle du droit de l'exécution, relève dans ses fondements du droit substantiel autant que du droit procédural (...) »<sup>146</sup>. Autrement dit, on y voit un pouvoir qui est étroitement lié à celui de dire le droit, pouvant être qualifié, on l'a vu, d'*imperium mixtum*<sup>147</sup>. Le fait que l'article 1468 CPC autorise l'arbitre à prononcer une astreinte vient conforter cette analyse<sup>148</sup>. Il semble que si les juristes français voient dans la technique de l'astreinte un prolongement nécessaire du pouvoir juridictionnel, c'est aussi parce que cette mesure est ordonnée dans le cadre même de la procédure de jugement.

**309.** L'analyse montre que l'exécution forcée en nature se dérobe à la dichotomie *jurisdictio/imperium*. C'est surtout vrai en droit français où le juge du contentieux est autorisé à assortir sa condamnation de moyens de contrainte, relevant *a priori* du domaine de l'*imperium* (mesures de cessation, astreinte, etc.).

Au vu des moyens coercitifs dont dispose le juge français, nul n'osera prétendre aujourd'hui qu'il est privé d'*imperium*. Par suite, l'argument qui consistait à dire que le juge ne saurait ordonner au débiteur d'exécuter sa prestation en nature

<sup>144</sup> Faculté accordée par l'art. 7.2.4. des Principes d'UNIDROIT qui dispose :

« 1) Le tribunal qui ordonne au débiteur de s'acquitter de ses obligations peut également lui imposer une pénalité s'il ne se conforme pas à la décision.

2) La pénalité est payable au créancier, sauf dispositions impératives de la loi du for. Le paiement de la pénalité n'empêche pas le créancier de réclamer des dommages-intérêts ».

<sup>145</sup> V. J. KLEINSCHMIDT, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, *op. cit.*, v° Erfüllungsanspruch, p. 440 : « Die UNIDROIT PICC (nicht aber PECL und DCFR) enthalten hierzu in Art. 7.2.4. einen – erkennbar am Vorbild der *astreinte* orientierten – vollstreckungsrechtlichen Fremdkörper (...) ». Sur ce point, on remarquera brièvement que la jurisprudence et la doctrine françaises sont venues souligner que l'astreinte ne constituait pas une véritable mesure d'exécution forcée, ne serait-ce que parce que celui qu'elle vise ne peut se prétendre libéré lors même qu'il aurait payé la somme à laquelle elle a été liquidée : v. Rép. proc. civ., v° Astreintes, n° 5. On considère ainsi qu'elle *tient lieu* d'exécution forcée même si elle ne participe pas à proprement parler de la nature de celle-ci.

<sup>146</sup> R. DAVID, *Le droit français*, t. II (Principes et tendances du droit français), *op. cit.*, p. 289.

<sup>147</sup> V. en ce sens Ch. JARROSSON, « Réflexions sur l'*imperium* », art. préc., p. 271-274.

<sup>148</sup> Art. 1468 al. 1 CPC : « Le tribunal arbitral peut ordonner aux parties, dans les conditions qu'il détermine et au besoin à peine d'astreinte, toute mesure conservatoire ou provisoire qu'il juge opportune. Toutefois, la juridiction de l'Etat est seule compétente pour ordonner des saisies conservatoires et sûretés judiciaires ». La jurisprudence était déjà en ce sens : v. Paris, 7 octobre 2004, *Revue de l'arbitrage* 2005, n° 3, p. 737 : « le prononcé d'astreintes ou d'injonctions (...) constitue un prolongement inhérent et nécessaire à la fonction de juger pour assurer une meilleure efficacité au pouvoir juridictionnel et ne caractérise ainsi aucun dépassement de la mission de l'arbitre ». Notons que la même solution est retenue par les Principes d'UNIDROIT qui reconnaissent à l'arbitre le pouvoir d'imposer des pénalités. Dans leur commentaire relatif à l'art. 7.2.4. préc. (Pénalité judiciaire), les rédacteurs justifient leur choix en soulignant que cette solution est en accord avec le rôle toujours plus important de l'arbitrage en tant que mode alternatif de règlement des différends et que les risques d'abus sont faibles étant donné que l'exécution d'une pénalité imposée par l'arbitre ne peut être effectuée que par un tribunal, ou avec son aide.

(*jurisdictio*) parce qu'il ne disposerait pas de moyens d'imposer sa décision (*imperium*) ne tient plus.

A cet égard, on a souligné à juste titre combien le droit substantiel des contrats s'est affranchi du carcan procédural : l'avènement de l'astreinte a permis d'asseoir le pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature<sup>149</sup>. « La constatation de cette évolution a amené à relativiser la règle de l'article 1142 entendue comme un obstacle au pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature de l'obligation »<sup>150</sup>.

Certains auteurs vont jusqu'à considérer que cet article n'a plus pour fonction de définir l'étendue de la *jurisdictio*, se situant désormais sur le seul plan de l'*imperium*<sup>151</sup>. C'est dire que le juge pourrait toujours condamner le débiteur à exécuter en nature mais qu'en cas de résistance de celui-ci, et dans le cas où l'exécution du jugement ne pourrait être assuré sans son concours personnel, il faudrait se résoudre à n'accorder au créancier que des dommages-intérêts<sup>152</sup>.

Cette analyse ne fait pas l'unanimité. Et pour cause : si l'on a relativisé la portée de l'article 1142 C. civ., ce dernier reste aujourd'hui encore un obstacle à la condamnation en nature de certaines obligations.

## **B. DES LIMITES À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DE L'ORDRE DU DROIT SUBSTANTIEL**

**310.** La doctrine majoritaire enseigne que les tribunaux français ne se sont pas ralliés à la thèse selon laquelle le pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature concernerait toutes les obligations<sup>153</sup>. On insiste sur le fait que si la plupart des obligations de faire ou de ne pas faire sont susceptibles aujourd'hui d'exécution forcée en nature, certaines ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée, fût-ce par le moyen indirect d'une astreinte<sup>154</sup>. Il s'agit essentiellement de la catégorie

---

<sup>149</sup> H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », art. préc., spéc. p. 796 ; la même, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », Rev. crit. dr. internat. privé 1998, p. 30 et s.

<sup>150</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 16-1, p. 51.

<sup>151</sup> H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », art. préc., p. 796 ; la même, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », art. préc., p. 30.

<sup>152</sup> V. H. MUIR WATT, *ibid.*, qui dit aboutir à une conclusion analogue à celle proposée par Patrick WÉRY.

<sup>153</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 17, p. 57.

<sup>154</sup> V. B. FAGES, *Droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 287 ; J. COULET, *L'exécution forcée en nature*, th. préc., n° 654 : « A la question de savoir si toutes les obligations sont susceptibles d'exécution forcée en nature, la réponse est sans hésitation non » ; Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., Art. 1136 à 1145, Fasc. 10, n° 82, 84-91.

des « obligations personnelles de faire ou de ne pas faire »<sup>155</sup>. Celles-ci sont définies comme des obligations de nature très personnelle mettant en jeu la liberté individuelle, la liberté de conscience ou encore le droit moral de l'artiste ou de l'auteur<sup>156</sup>. « Seuls des dommages-intérêts peuvent ainsi venir sanctionner le peintre qui rechigne à achever le tableau commandé<sup>157</sup>, le comédien qui refuse de monter sur scène ou l'associé qui n'effectue pas son apport en industrie »<sup>158</sup>.

L'avant-projet Catala fait preuve de la même logique en énonçant à l'article 1154 (censé remplacer l'actuel article 1142 C. civ.) que « L'obligation de faire s'exécute si possible en nature. Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, *sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel*. En aucun cas, elle ne peut être obtenue par une coercition attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur. A défaut d'exécution en nature, l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts »<sup>159</sup>.

Un tel raisonnement se justifie dans un système juridique faisant dépendre l'accès à l'exécution forcée en nature *de la nature* de l'obligation en cause. La démarche consiste logiquement à déterminer les obligations dont le juge peut ordonner l'exécution en nature et inversement.

**311.** Mais il existe une raison encore plus profonde à cette approche, si bien qu'il y a tout lieu de penser que l'abandon de toute classification des obligations ne viendra pas modifier la donne<sup>160</sup>. Le droit français présente en effet la particularité de répartir le règlement de la problématique de l'exécution forcée entre le Code civil et le code de procédure civile (aujourd'hui également le code des procédures civiles d'exécution)<sup>161</sup> : au premier revient la détermination des modes de contrainte

<sup>155</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677, note P. ESMEIN : « Mais attendu que ce texte [art. 1142 C. civ.] ne peut trouver son application qu'en cas d'inexécution d'une obligation personnelle de faire ou de ne pas faire ». Pour un essai de délimitation de cette catégorie d'obligation, v. A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210.

<sup>156</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1123, p. 1170 (avec des références jurisprudentielles).

<sup>157</sup> Paris, 4 juillet 1865 (Rosa Bonheur), DP 1865, 2, p. 20 ; Civ., 14 mars 1900 (Whistler), DP 1900, 1, 497, note M. PLANIOL.

<sup>158</sup> B. FAGES, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 287.

<sup>159</sup> Nous soulignons.

<sup>160</sup> Contrairement au Code civil actuel et à l'avant-projet CATALA, l'avant-projet TERRÉ a abandonné toute typologie des obligations, si bien que celle-ci ne commande plus les règles de l'exécution forcée en nature (v. les art. 60 et 105). C'est le parti adopté également par la CHANCELLERIE, dans son dernier avant-projet en date du 23 octobre 2013 (v. l'art. 129).

<sup>161</sup> Sur ce point, v. V. DENTI, « Rapport général », in *L'effectivité des décisions de justice*, TAHC, t. XXXVI, Paris, Economica, 1985, p. 33. L'auteur relève dans le même temps que les systèmes d'inspiration allemande

applicables à chaque droit subjectif ; au second, celle de la mise en œuvre de la contrainte<sup>162</sup>. Comme il a pu être relevé, il n'est pas toujours aisé de dissocier la substance et la procédure, le droit substantiel et le droit processuel<sup>163</sup>.

Le terme d'exécution forcée est à lui seul symptomatique de la confusion qui règne en la matière. Il désigne à la fois « l'exécution d'une convention *ou* d'un jugement imposée au débiteur sur sa personne ou sur ses biens (...) »<sup>164</sup>. Il est employé aussi bien dans la théorie du contrat que dans le droit de l'exécution<sup>165</sup>. Dans le premier cas, c'est une certaine conception du contrat et de sa force obligatoire qui est en cause, dans le second, il s'agit concrètement de savoir comment vaincre l'inaction du débiteur<sup>166</sup>.

Autre signe de cette « confusion », du moins d'un « entremêlement » des considérations substantielles et procédurales : l'article 1142 C. civ. est invoqué à la fois dans les manuels de droit des obligations et dans les études relevant de la matière du droit des procédures d'exécution<sup>167</sup>. Partout on souligne que l'exécution par la force doit rester compatible avec les libertés et droits fondamentaux du débiteur et notamment le respect de sa personne (*nemo praecise cogi ad factum*).

**312.** Ainsi, l'article 1142 C. civ. est-il encore parfois invoqué pour limiter le domaine de l'astreinte (relevant du droit processuel)<sup>168</sup>. D'aucuns considèrent que le procédé doit être banni lorsqu'il s'agit précisément de ces obligations de faire ou de ne pas faire ayant un caractère éminemment personnel<sup>169</sup>. Comme il a été très justement remarqué, on rencontre ici une situation paradoxale car l'astreinte *a priori*

ont la tendance pour leur part à régler dans le code de procédure non seulement la forme (mise en œuvre de la contrainte), mais aussi la substance des remèdes (modes de contrainte).

<sup>162</sup> R. DAVID, *Le droit français*, t. II (Principes et tendances du droit français), *op. cit.*, p. 288 ; L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, v° Exécution des décisions de justice, p. 495 : « C'est [le droit substantiel] qui détermine les modes d'exécution ».

<sup>163</sup> V. V. DENTI, « Rapport général », *ibid.*

<sup>164</sup> *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Exécution (nous soulignons).

<sup>165</sup> V. Ph. THÉRY, « Rapport introductif : La notion d'exécution », art. préc., p. 9 et s. ; le même, « L'exécution forcée », art. préc., p. 235 et s. *Adde* H. MUIR WATT, « L'exécution du contrat dans un contexte international », art. préc., p. 795, qui dénonce la confusion fréquente entre exécution en nature et exécution forcée. En droit allemand, deux termes différents sont utilisés à ce titre, ce qui évite les risques de confusion : « *Naturlalkondemnation* » et « *Naturalexekution* » (v. M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, *op. cit.*, p. 109).

<sup>166</sup> Ph. THÉRY, « L'exécution forcée », *ibid.* Rappr. H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, *op. cit.*, p. 211.

<sup>167</sup> V. par ex. R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 111 ; Ch. HUGON, « Regards sur le droit des voies d'exécution », RDC 2005, p. 190 ; K. D. KERAMEUS, *Enforcement Proceedings*, in *IECL*, vol. XVI : Civil Procedure, chap. 10, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, section 10-141, p. 96 et s.

<sup>168</sup> Pour un tel constat, v. F. CHABAS, S. DEIS-BEAUQUESNE, Rép. civ., v° Astreintes, n° 6.

<sup>169</sup> V. parmi d'autres F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1123, p. 1170.



paraît n'avoir d'utilité que dans les espèces où l'exécution en nature ne peut être obtenue par la force<sup>170</sup>. Les rédacteurs des Principes d'UNIDROIT soulignent à cet égard que « dans le cas d'obligations de faire ou de ne pas faire quelque chose, qui ne peuvent par ailleurs pas être exécutées par un tiers, l'exécution par voie de pénalités judiciaires [astreinte] est souvent la solution la plus appropriée »<sup>171</sup>. En tant que procédé de contrainte *indirect*, l'astreinte présente l'avantage d'exercer une pression puissante sur le débiteur sans porter atteinte à sa personne physique<sup>172</sup>.

C'est qu'en réalité, le problème se pose en amont : la (vraie) question est de savoir si le juge a le pouvoir de condamner un artiste à peindre un tableau ou deux époux à vivre ensemble (question de droit substantiel)<sup>173</sup>. Ainsi, l'impossibilité d'ordonner une astreinte ne serait que la conséquence accessoire du fait qu'une condamnation en nature ne peut pas être prononcée. Tel est bien l'enseignement qui semble ressortir d'un arrêt récent où la Cour de cassation a reproché à une cour d'appel, au visa de l'article 1142 C. civ., d'avoir, dans le même temps, relevé que le bail litigieux avait été consenti à une nouvelle personne et ordonné sous astreinte la délivrance aux précédents locataires du logement qui leur avait initialement été loué<sup>174</sup>. Quand bien même le bailleur aurait agi avec témérité en résiliant précipitamment le bail et en consentant un nouveau bail sur les mêmes locaux à une tierce personne, la cour ne pouvait ordonner, sous astreinte, la délivrance, *devenue impossible*, du logement aux locataires initiaux. Seul l'octroi de dommages-intérêts restait encore envisageable. C'est dire que le refus d'ordonner une astreinte repose essentiellement sur des considérations de fond<sup>175</sup>.

<sup>170</sup> F. CHABAS, S. DEIS-BEAUQUESNE, Rép. civ., v° Astreintes, n° 12.

<sup>171</sup> V. commentaire 2 sous l'art. 7.2.4 des Principes d'UNIDROIT 2010.

<sup>172</sup> Selon plusieurs analyses, l'astreinte aurait ainsi un domaine illimité : v. A. ESMEIN, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », RTD civ. 1903, p. 19 et s ; J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, 22<sup>e</sup> éd. refondue, PUF, 2000, n° 373 (cité d'après F. CHABAS, S. DEIS-BEAUQUESNE, Rép. civ., v° Astreintes, n° 24) : « toutes les condamnations semblent pouvoir être assorties de cette mesure [l'astreinte] ». Comme l'observent ces derniers : « C'est qu'il faut s'entendre sur le sens de l'article 1142. Ce qu'il interdit, c'est la condamnation à l'exécution forcée, *manu militari*, la contrainte physique. On ne voit pas pourquoi un juge, chargé par le demandeur de dire si le débiteur doit faire quelque chose, ne pourrait le condamner à le faire, et, du même coup, assortir sa condamnation de cette contrainte indirecte, car sur les biens, que constitue l'astreinte ».

<sup>173</sup> Thèse défendue par R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., n° 72.

<sup>174</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008, Bull. I, n° 269, RDC 2009, p. 613, obs. J.-B. SEUBE. V. déjà dans le même sens, Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juin 2006, AJDI 2006, p. 814, obs. V. ZALEWSKI.

<sup>175</sup> Comp. M. BELLAMY, « Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès », JCP 1973, I, 2522 : « (...) [l'astreinte] n'apparaît toujours que comme l'accessoire de la condamnation principale, son prolongement en vue de l'exécution de la décision du juge, et elle ne se conçoit que s'il subsiste un espoir d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation. Sinon, ce commandement du juge "destiné à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation" perd sa raison d'être ».

**313.** En droit français, les limites apportées au principe de l'exécution forcée en nature sont d'ordre substantiel<sup>176</sup>. C'est là où réside la différence fondamentale avec le système allemand.

La logique du système français a été parfaitement mise en lumière par Roger Perrot qui est le père intellectuel de la première réforme d'ensemble des procédures civiles d'exécution (Loi du 9 juillet 1991). Comme l'a observé l'auteur, en France, c'est au stade de la *jurisdictio* que l'on s'interroge sur les mérites de la règle « *Nemo praecise cogi potest...* » et sur l'opportunité ou non de convertir l'obligation en dommages-intérêts<sup>177</sup>. Au niveau de l'exécution, les états d'âme sur la règle « *Nemo praecise cogi potest...* » et sur la liberté individuelle n'ont plus leur place, simplement parce que la décision de justice, bonne ou mauvaise, a été rendue et que l'ordre public exige qu'elle soit exécutée si l'une des parties le demande<sup>178</sup>. Ainsi par exemple, si le juge a ordonné une expulsion, il ne saurait être question de substituer à cette condamnation le paiement à des dommages-intérêts en guise de remplacement<sup>179</sup>. On est dans une logique inverse à celle du droit allemand.

**314.** De façon très pragmatique, on semble considérer en France que ce qui a été ordonné par le juge doit être par nature susceptible d'une exécution forcée<sup>180</sup>. Comme le notent Roger Perrot et Philippe Théry, « dans les cas où une décision de justice impose une obligation de faire ou de ne pas faire, la condamnation prononcée par le juge ne peut avoir de sens que si elle est exécutée en nature, au besoin par la force »<sup>181</sup>.

<sup>176</sup> Très net sur ce point : L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, v° Exécution des décisions de justice, p. 495 et s. : « (...) la question de savoir si l'inexécution d'une obligation contractuelle doit être sanctionnée par une condamnation à exécuter en nature ou n'ouvre droit qu'à une indemnité dépend de la conception qu'on adopte du contrat ».

<sup>177</sup> R. PERROT, « Rapport français », in *L'effectivité des décisions de justice*, TAHC, t. XXXVI, Paris, Economica, 1985, p. 116.

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>179</sup> *Ibid.* Aussi la jurisprudence affirme-t-elle régulièrement que « le juge de l'exécution ne peut ni modifier le dispositif de la décision de justice servant de fondement aux poursuites, ni remettre en cause la validité des droits ou obligations qu'il constate » (v. par ex. Civ. 2<sup>e</sup>, 13 septembre 2007, D. 2008, p. 654).

<sup>180</sup> Dans ses conclusions relatives à la fameuse affaire Whistler (Req., 14 mars 1900), l'avocat général Desjardins faisait ainsi remarquer : « Il faut se méfier des solutions juridiques qui aboutissent à des impossibilités matérielles. Qu'est-ce qu'une règle inexécutable ? », DP 1900, I, p. 500.

<sup>181</sup> R. PERROT, Ph. THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 114. C'est en ce sens qu'on pourrait interpréter l'attendu de principe rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 19 janvier 1926 : « Attendu que si, aux termes de l'article 1142, l'obligation de faire ou de ne pas faire se résout, en dommages-intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, il résulte des dispositions suivantes que *le créancier a néanmoins le droit de réclamer l'exécution en nature chaque fois qu'il y a possibilité de l'imposer* ; qu'en pareil cas, le juge du fond doit justifier la condamnation par la constatation d'une obligation susceptible de cette exécution » (DH 1926, p. 115 ; nous soulignons).

En dépit des avantages mis en avant par la doctrine allemande pour justifier le bien-fondé d'une condamnation en nature dans les cas où les procédures civiles d'exécution ne prévoient qu'une « exécution par équivalent » en cas de résistance du débiteur<sup>182</sup>, il y a assurément une certaine logique à ne pas condamner le débiteur à exécuter en nature dès lors que les procédures d'exécution ne permettent pas de garantir celle-ci sans porter atteinte aux libertés fondamentales de celui-ci et aboutiraient *in fine* à une exécution par équivalent.

Cependant, la logique française connaît elle aussi ses limites. On ne peut pas dire que le système aboutisse en pratique à une exécution systématique des jugements ordonnant l'exécution en nature. On sait que lorsque l'obligation contractuelle méconnue a une nature non pécuniaire, elle peut notamment, « entre des personnes n'ayant pas toutes la qualité de commerçant », donner lieu à une injonction de faire par « le tribunal d'instance lorsque la valeur de la prestation dont l'exécution est réclamée n'excède pas le taux de compétence de cette juridiction » (article 1425-1 CPC). La portée de cette procédure est toutefois limitée par l'absence de sanction propre en cas d'inexécution de l'injonction<sup>183</sup>. En effet, en cas d'inexécution de cette dernière, le droit commun – l'article 1142 C. civ. – reprend tout son empire (comp. l'article 1425-8 CPC)<sup>184</sup>. Ce constat peut être étendu aux cas d'inexécution par le débiteur d'une condamnation en nature prononcée sous astreinte. Quoique l'intimidation qui en résulte soit nettement plus forte, si malgré tout le débiteur ne se résigne pas à exécuter ses obligations, son créancier encaissera les sommes dues au titre de l'astreinte et des dommages-intérêts en raison de la défaillance constatée. Comme le concède la doctrine, « (...) sur ce second terrain, qui relève du droit des procédures d'exécution, il est très souvent impossible de contraindre le débiteur à déférer à la condamnation de faire ou de ne pas faire quelque chose, parce que, sauf cas particuliers, une telle contrainte supposerait une action sur la personne du débiteur récalcitrant : dès lors, finalement, si l'exécution n'est pas obtenue, le

---

<sup>182</sup> Rapp. P. WÉRY, th. préc., n° 151 : « Pourquoi, en effet, le juge ne pourrait-il rappeler, une ultime fois, le débiteur à ses devoirs, fût-il même convaincu que nul procédé d'exécution forcée en nature ne pourra être mis en œuvre pour venir à bout de son éventuelle obstination ? (...) Impossibilité d'exécution forcée en nature ne signifie donc point impossibilité pour le juge d'enjoindre au débiteur de s'exécuter en nature ! ».

<sup>183</sup> Comme le souligne Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., Art. 1136 à 1145, Fasc. 10, n° 93, la portée de l'injonction de faire est d'autant plus limitée qu'elle n'a ni force exécutoire, ni autorité de chose jugée. Tout au plus interrompt-elle la prescription et vaut-elle mise en demeure. L'auteur reconnaît toutefois que l'avertissement judiciaire n'est pas pour autant dépourvu d'efficacité, le débiteur sachant que, s'il n'y défère pas sans motif valable, il ne peut espérer aucune indulgence en cas de procédure au fond.

<sup>184</sup> V. Paris, 10 avril 1990, D. 1990, IR, p. 121 (les juges reconnaissent ne pouvoir accorder que des dommages-intérêts en cas de méconnaissance par le débiteur de l'injonction de faire).

créancier devra se contenter de dommages et intérêts »<sup>185</sup>. On rejoint là le constat effectué en droit allemand, sauf à relever que les procédures d'exécution allemandes sont parfois plus sévères, dans la mesure où le débiteur est passible d'une peine d'emprisonnement dans certains cas.

**315.** En somme donc, dans le système juridique français, les obstacles à l'exécution forcée en nature opèrent à deux niveaux : non seulement le droit substantiel oblige déjà dans un certain nombre de cas le créancier à se contenter de dommages-intérêts mais même muni d'un titre exécutoire, ce dernier n'est pas certain d'obtenir la prestation promise par la force.

De façon générale, le rejet de la condamnation en nature n'est pas tant appréhendé comme une limite du droit du créancier à l'exécution forcée en nature que comme une limite inhérente au pouvoir du juge.

## **§ 2. LE REJET DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE, EXPRESSION D'UN POUVOIR LIMITÉ DU JUGE**

**316.** On sait que l'opinion majoritaire interprète l'article 1142 C. civ. comme un principe hostile à la condamnation à exécuter en nature<sup>186</sup>. La doctrine française l'exprime traditionnellement en ces termes : « il résulte (...) de l'article 1142 que les tribunaux *ne peuvent pas condamner* principalement et directement le débiteur à *faire ou à ne pas faire* ; qu'ils n'ont que le droit de le condamner à des dommages et

---

<sup>185</sup> P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », art. préc., p. 109. V. également G. WIEDERKEHR, D. D'AMBRA, Rép. pr. civ., v° Exécution des jugements et des actes, n° 42 ; Ch. HUGON, « Regards sur le droit des voies d'exécution », art. préc., p. 184 : « (...) même lorsque le juge accepte d'ordonner l'exécution forcée en nature, il est rarement certain qu'elle puisse être menée à terme car le titre exécutoire, s'il ouvre la porte de l'exécution forcée, n'en assure pas pour autant sa réalisation ».

<sup>186</sup> V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n° 16 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 1112 ; Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012, n° 13 : « L'intérêt principal de la distinction [objet de l'obligation] apparaît quant à la possibilité de procéder à une exécution forcée en nature de la prestation. Possible pour les obligations de donner, elle est en principe exclue pour les obligations de faire et de ne pas faire dont l'inexécution entraîne seulement condamnation à des dommages et intérêts (article 1142 du Code civil) » ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », RTD civ. 1976, p. 703. C'est ainsi que le voit également la doctrine étrangère : v. V. W. RÜTTEN, « Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis », art. préc., p. 945 : « Danach [Art. 1142 C. civ.] ist ein Urteil auf die Vornahme der Handlung selbst ausgeschlossen, "sondern es ist nach vergeblicher Aufforderung des Schuldners zur Vornahme der Leistung des Klagsuchenden auf Schadensersatz zu richten" » ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, op. cit., § 35 III, p. 472-473.

intérêts, à défaut d'exécution »<sup>187</sup>. Aujourd'hui encore, d'aucuns relèvent que la jurisprudence française continue à opérer une distinction entre les obligations dont le juge *s'autorise* à ordonner l'exécution en nature et celles pour lesquelles il *ne se reconnaît pas cette faculté*<sup>188</sup>. Le vocabulaire utilisé vient souligner le caractère restrictif du pouvoir du juge en la matière. Or en l'état actuel du droit positif, c'est le juge lui-même qui décide si une obligation donnée est susceptible ou non d'exécution forcée en nature ! De là à se demander si le refus d'ordonner l'exécution forcée en nature n'est pas davantage la marque d'un pouvoir d'appréciation du juge que celle de l'absence de tout pouvoir. La jurisprudence relative aux avant-contrats est fort instructive à cet égard (A). L'incitation des parties contractantes à stipuler une clause d'exécution forcée en nature ne fait que renforcer cette intuition (B).

### **A. L'EXEMPLE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX AVANT-CONTRATS**

**317.** Comme le fait observer la doctrine, en droit civil proprement dit, les cas dans lesquels la demande d'exécution forcée en nature est rejetée au profit d'une condamnation à dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1142 sont devenus exceptionnels<sup>189</sup>. L'une de ces exceptions réside dans la matière des avant-contrats. De sorte que la jurisprudence relative aux avant-contrats est devenue emblématique de ces obstacles à l'exécution forcée en nature et, partant, du pouvoir limité du juge<sup>190</sup>.

**318.** L'expression « avant-contrat » ne désigne pas une catégorie uniforme, mais une réalité hétérogène<sup>191</sup>. Le pacte de préférence, la promesse unilatérale de contrat et la promesse synallagmatique de contracter en sont autant d'illustrations. Il s'agit de véritables contrats, distincts toutefois du contrat définitif. Pour l'heure, le

---

<sup>187</sup> M. L. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV Livre III du Code civil, Art. 1101 à 1386*, t. 1<sup>er</sup>, Bruxelles, Bruylant – Christophe et Compagnie, 1862, Art. 1142, n° 3 (nous soulignons).

<sup>188</sup> V. parmi d'autres : G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », art. préc., p. 176.

<sup>189</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 17-3.

<sup>190</sup> Ainsi la jurisprudence relative aux avant-contrats est-elle envisagée sous l'intitulé « Le maintien de certaines limites au pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature » chez G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., p. 57 et s.

<sup>191</sup> G. WICKER, « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », RDC 2012, p. 649.

Code civil ne comporte quasiment aucune disposition sur ces contrats préparatoires<sup>192</sup>.

Ces derniers ont donné lieu à un contentieux important focalisé essentiellement sur les conséquences de leur inexécution. Les solutions rendues à propos du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de vente présentent ici un intérêt particulier. C'est elles qui seront envisagées à titre principal.

De prime abord, les décisions venant affirmer que la sanction de la violation de son engagement par le promettant ne peut consister que dans le paiement de dommages-intérêts semblent se justifier classiquement par la nature de l'obligation en cause (1). A bien y regarder toutefois, il semble que les solutions prônées par la jurisprudence tiennent moins à une impossible exécution forcée déduite de la nature de l'obligation qu'à des considérations de politique jurisprudentielle (2).

### *1. L'exécution forcée de la promesse n'est pas possible*

**319.** En ce qui concerne le pacte de préférence<sup>193</sup>, la Cour de cassation a, à plusieurs reprises, cassé des arrêts de cours d'appel qui avaient admis, après avoir constaté la validité du pacte et son inexécution, le droit du créancier à obtenir la préférence promise et à se faire substituer dans les droits de la personne qui avait obtenu, au mépris du pacte, le bénéfice du contrat<sup>194</sup>. C'est au visa de l'article 1142 C. civ. qu'elle a opéré sa censure, considérant que le pacte de préférence mettait à la charge du promettant une obligation de faire, ne pouvant donner lieu qu'à des dommages-intérêts en cas d'inexécution<sup>195</sup>.

---

<sup>192</sup> Les seules dispositions concernent la promesse unilatérale aux actuels art. 1589-1 et 1589-2 C. civ. Les projets de réforme du droit français des contrats les intègrent davantage et les soumettent à une réglementation plus minutieuse : v. les art. 1106 et 1106-1 de l'avant-projet CATALA ; les art. 29 et 31 de l'avant-projet TERRÉ ; les art. 24 et 25 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE en date du 23 octobre 2013.

<sup>193</sup> Selon la définition qu'en donne l'avant-projet TERRÉ (art. 30), le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie [le promettant] s'engage auprès d'une autre, bénéficiaire, à lui proposer en priorité un contrat le jour où, libre de conclure, elle s'y déciderait.

<sup>194</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 17-3, p. 62.

<sup>195</sup> V. par ex. Com., 27 mai 1986, RTD civ. 1987, p. 89, obs. J. MESTRE ; Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 1997, Bull. III, n° 96, D. 1997, p. 475, note D. MAZEAUD, RTD civ. 1998, p. 98, obs. J. MESTRE ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 2002, n° 93-17.895, RTD civ. 2003, p. 107, obs. P.-Y. GAUTIER (refus, par la haute juridiction, d'appliquer l'article 1143 C. civ., au motif que le pacte ne fait naître qu'une obligation de faire).

De même, en ce qui concerne les promesses unilatérales de vente<sup>196</sup>, la Cour de cassation décide, depuis son fameux arrêt Cruz du 15 décembre 1993<sup>197</sup>, que si le promettant s'est rétracté unilatéralement avant la levée de l'option par le bénéficiaire, ce dernier ne peut pas l'assigner en exécution de sa promesse car celle-ci n'engendre qu'une obligation de faire qui se résout en dommages-intérêts<sup>198</sup>.

**320.** Au soutien de cette position, certains ont fait valoir qu'il paraissait pour le moins difficile d'imposer l'exécution forcée en nature de l'obligation de maintenir son offre ou d'une obligation de contracter<sup>199</sup>. « La force obligatoire de la promesse de contracter se heurte en effet au principe de la liberté contractuelle. Autant l'obligation de payer ou l'obligation de livrer peuvent faire l'objet d'une "exécution forcée" par le créancier (...) autant le maintien de l'offre, pour autant qu'il s'agisse d'une obligation, est impossible à forcer. Elle implique la personne dans ce qu'elle a de plus intime, la volonté (...) »<sup>200</sup>.

Ainsi analysées, ces décisions semblent s'inscrire dans la ligne traditionnelle décrite plus haut : le respect dû à la liberté du débiteur vient imposer au juge la sanction à prononcer. On relèvera toutefois qu'abstraction faite de leur qualification d'obligation de faire, les arrêts en question ne font aucunement référence à une quelconque spécificité des obligations en cause, justifiant le rejet de toute exécution

---

<sup>196</sup> Selon la définition qu'en donne l'avant-projet TERRÉ (art. 28), la promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie [le promettant] s'engage envers une autre, bénéficiaire, à conclure, dans un délai convenu et raisonnable, un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel seul le consentement du bénéficiaire fait défaut.

<sup>197</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1993 (Consorts Cruz), Bull. III, n° 174, JCP 1995, II, 22366, note D. MAZEAUD, RTD civ. 1994, p. 588, obs. J. MESTRE.

<sup>198</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 17-3, p. 61. Comme l'a exprimé l'arrêt Cruz : « tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquiescer, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire et (...) la levée d'option, postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ». V. dans le même sens : Civ. 3<sup>e</sup>, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 270, obs. D. MAZEAUD. Sur l'abandon de toute référence à l'article 1142 C. civ. depuis l'arrêt Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, n° 10-12.875, v. infra.

<sup>199</sup> La Cour de cassation ayant caractérisé une obligation de faire à la charge du promettant, la doctrine s'est évertuée à identifier l'objet de cette prestation. Pour ce qui est de la promesse unilatérale de contracter essentiellement, deux pistes ont été suggérées (v. G. WICKER, « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », art. préc., n° 14 et s.) : il a tout d'abord été avancé que le promettant s'obligerait à conclure le contrat définitif, autrement dit, qu'il s'engagerait à consentir au contrat définitif ; ensuite, on a considéré que l'obligation du promettant ne pourrait qu'être l'obligation de maintenir son offre.

<sup>200</sup> D. MAINGUY, « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p. 1 et s., n° 19. V. dans le même sens : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p. 247. De façon beaucoup plus nuancée : G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 17-3, p. 63 : « (...) il est douteux que l'exécution de ces engagements soit de nature à mettre en péril une liberté essentielle du promettant, du moins lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution instantanée. En revanche, pour les contrats à exécution successive, comme le bail, on peut être plus réservé ».

forcée en nature<sup>201</sup>. Ils n'y sont d'ailleurs nullement tenus, le principe de l'exécution par équivalent exprimé par l'article 1142 C. civ. justifiant à lui seul ce choix<sup>202</sup>. Aussi pourrait-on reprocher à ces arrêts de faire une application trop mécanique de l'article 1142, contraire à la tendance générale qui en restreint sévèrement la portée<sup>203</sup>.

**321.** Un arrêt en date du 6 avril 2004 pourrait venir attester lui plus nettement du lien existant entre les pouvoirs du juge et la nature de l'obligation en question<sup>204</sup>. En l'espèce, il s'agissait non pas d'un engagement de vendre mais d'un engagement de louer. Un contrat de vente portant sur des terres est conclu entre une SAFER<sup>205</sup> et une société civile immobilière (SCI). Afin de satisfaire aux objectifs statutaires de la SAFER, la vente comporte, outre les obligations ordinaires, « les obligations réciproques et indivisibles des parties de vendre les immeubles et de les voir donner à bail » par l'acquéreur (SCI) à des agriculteurs déterminés dans l'acte. Une fois la vente réalisée, l'acquéreur refuse d'exécuter l'obligation de louer par lui contractée. L'acquéreur est alors condamné sous astreinte « à signer le bail convenu au contrat de vente au profit des époux X... ». Son pourvoi est rejeté par la Cour de cassation. On en a déduit qu'« à la différence de l'engagement de vendre issu d'une promesse unilatérale de vente, l'engagement de louer est susceptible d'exécution forcée, sous astreinte »<sup>206</sup>.

A la lecture de cette décision, on croirait presque qu'il existe une différence irréductible entre la promesse de vente et la promesse de louer, laquelle justifierait un traitement différencié : exécution par équivalent pour l'une, exécution en nature pour l'autre. A vrai dire, on a du mal à percevoir les raisons qui sous-tendent cette différence de traitement. La motivation pour le moins originale des juges du fond qui

---

<sup>201</sup> Nous n'entrerons pas ici dans le débat de savoir si le fait d'analyser la violation des avant-contrats en termes de violation d'*obligation* est pertinent ou non. On notera simplement que cette analyse a été fortement critiquée par la doctrine. V. notamment G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, préf. J. AMIEL-DONAT, Paris, LGDJ, 1997, n° 136 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 786 et s., qui a proposé d'abandonner l'analyse en termes de rapport d'obligation pour se situer sur le seul terrain de la force obligatoire du contrat.

<sup>202</sup> C'est, au contraire, lorsqu'ils procèdent à une condamnation en nature que les juges sont tenus de motiver leur choix, par la constatation d'une obligation susceptible de cette exécution (v. Civ., 19 janvier 1926, DH 1926, p. 115).

<sup>203</sup> Ainsi, Denis MAZEAUD a-t-il reproché à la Cour de cassation de faire « une lecture anachronique de l'article 1142 du code civil, dont chacun sait que, s'il demeure dans le code, c'est parce que celui-ci n'a toujours pas été réformé, étant entendu que la loi ne correspond plus, sur ce point (...) au droit positif en vertu duquel tout créancier, quel que soit l'objet de l'obligation souscrite par son débiteur, a droit à l'exécution en nature » : « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons... », D. 2011, p. 1457 et s., n° 4.

<sup>204</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 6 avril 2004, RDC 2004, p. 969, obs. F. COLLART DUTILLEUL.

<sup>205</sup> Société d'aménagement foncier et d'établissement rural.

<sup>206</sup> F. COLLART DUTILLEUL, RDC 2004, p. 969.



avaient évoqué « l'obligation intangible de louer » que l'acquéreur avait contractée, n'a pas échappé aux commentateurs. Comme il a été finement analysé, il est sans doute permis, derrière le caractère « intangible » de cette obligation de faire, de découvrir l'embarras du juge qui a besoin de justifier l'exécution forcée qu'il refuse lorsque l'obligation en cause est une obligation de vendre<sup>207</sup>. D'une manière générale, la motivation concise des arrêts n'aide pas à la compréhension. Face à cet ensemble de décisions quelque peu contradictoires, nous adhérons pleinement à l'analyse qui consiste à penser que la Cour de cassation « ressort » l'article 1142 quand elle en a envie, ce qui semble indiquer que, elle au moins, se réserve un certain contrôle de l'opportunité de l'exécution en nature, alors même qu'elle le refuse aux juges du fond<sup>208</sup>.

## *2. L'exécution forcée de la promesse n'est pas souhaitée*

**322.** L'évolution de la jurisprudence semble attester du fait que la Cour de cassation agit ici en politique plus qu'en juriste.

**323.** Concernant le pacte de préférence, la Cour de cassation a fait volte-face dans un arrêt de la chambre mixte en date du 26 mai 2006<sup>209</sup>. En l'espèce, le bénéficiaire d'un pacte de préférence demandait à être substitué dans les droits d'un tiers qui avait conclu le contrat avec le promettant, en dépit de la priorité que ce dernier lui avait contractuellement accordée. Abandonnant par là-même sa motivation et sa solution classiques, la Cour de cassation affirme que « (...) le bénéficiaire est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur (...) », à condition que la mauvaise foi du tiers soit caractérisée<sup>210</sup>. Pour la première fois, la Cour de cassation admet la substitution qui « permet de sanctionner de la manière la plus adéquate, c'est-à-dire

---

<sup>207</sup> F. COLLART DUTILLEUL, *ibid.* L'auteur soulève à juste titre le caractère « dysharmonique » du régime de la promesse découlant de cet arrêt du 6 avril 2004.

<sup>208</sup> V. P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », art. préc., p. 110.

<sup>209</sup> Ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006, p. 1861, notes P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY, Contrats, conc., consom. 2006, comm. 153, p. 22, note L. LEVENEUR, RTD civ. 2006, p. 550, note J. MESTRE et B. FAGES, RDC 2006, p. 1080, note D. MAZEAUD.

<sup>210</sup> La Cour exige à ce titre que : « (...) ce tiers ait eu connaissance, lorsqu'il a contracté, de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir » (nous soulignons). Cette double exigence a été qualifiée de « mauvaise foi renforcée » (v. par ex. L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. droit des contrats, Droit & Patrimoine février 2009 (n° 178), p. 120).

en nature, les conséquences de la violation du pacte de préférence »<sup>211</sup>. L'arrêt a été largement accueilli comme marquant la « vitalité du principe de l'exécution forcée en nature »<sup>212</sup>. Et si la portée pratique limitée de l'arrêt a pu être soulevée au lendemain de sa publication<sup>213</sup>, sa portée symbolique n'en fait que mieux ressortir : l'article 1142 C. civ. n'est plus mis en avant pour faire obstacle à la réalisation forcée du contrat (de vente) avec le bénéficiaire du pacte. L'arrêt « marque [donc] un certain reflux de l'article 1142 du Code civil »<sup>214</sup>. Et démontre que l'exécution forcée de la promesse n'était, en définitive, pas impossible.

**324.** Dans ce courant, un revirement de jurisprudence concernant, cette fois, les promesses unilatérales de vente est théoriquement envisageable et semblait même à une époque fortement probable. En effet, parmi les avant-contrats, le pacte de préférence est le moins contraignant car il ne confère au bénéficiaire qu'un droit de priorité et non un droit d'option<sup>215</sup>. Comme l'a parfaitement exprimé un auteur, « Si l'exécution forcée en nature d'un pacte de préférence, qui crée une simple priorité contractuelle au profit du bénéficiaire est désormais admise, au nom d'un souci de cohérence élémentaire, il ne [peut] pas en aller autrement en matière de promesse unilatérale de contrat, laquelle engendre au profit du bénéficiaire une exclusivité contractuelle »<sup>216</sup>.

Ce n'est pourtant pas ce qu'a décidé la haute juridiction, qui est venue réaffirmer, dans un arrêt très remarqué du 11 mai 2011, que le promettant engagé par une promesse unilatérale de vente avec un bénéficiaire ne peut être contraint à

---

<sup>211</sup> J. MESTRE et B. FAGES, RTD civ. 2006, p. 551.

<sup>212</sup> B. FAUVARQUE- COSSON, Panorama, D. 2006, p. 2644. *Adde* D. GRIMAUD, « L'exécution forcée des avant-contrats », in O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, Paris, PUF, 2008, p. 146.

<sup>213</sup> La double preuve exigée pour caractériser la mauvaise foi du tiers acquéreur a été qualifiée de diabolique. On en avait déduit que « si l'évolution jurisprudentielle est, en théorie, importante, en pratique elle l'est beaucoup moins, du fait de cette double preuve à rapporter. Celle-ci n'est pas facile. (...) En pratique, la violation du pacte ne sera sanctionnée que par des dommages-intérêts » : L. LEVENEUR, *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 153, p. 23 et s. Cette affirmation s'est vue démentie par Civ. 3<sup>e</sup>, 14 février 2007, Bull. civ. III, n° 25, qui, en l'occurrence, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait annulé la vente consentie au profit du tiers et substitué à celui-ci le bénéficiaire du pacte. La décision s'appuie sur les constatations déclarées « souveraines » des juges du fond quant à la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire du pacte de se prévaloir de celui-ci.

<sup>214</sup> L. LEVENEUR, *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 153, p. 24.

<sup>215</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 195.

<sup>216</sup> D. MAZEAUD, « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons... », D. 2011, p. 1457 et s., n° 5.

conclure la vente promise s'il rétracte la promesse avant la levée de l'option<sup>217</sup>. Sur le fond, l'arrêt de 2011 est donc une confirmation de la jurisprudence antérieure<sup>218</sup>.

Cependant, sur le plan du raisonnement, l'arrêt fait preuve d'un léger « virement »<sup>219</sup> : l'arrêt de 2011 ne se fonde plus sur l'article 1142 C. civ. mais sur les articles 1101 et 1134 du même code<sup>220</sup>. Pour le reste, la même formule qu'en 1993 est reprise : « la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée ».

Cette référence (classique) à l'impossible rencontre des volontés fait dire à certains que la Cour de cassation n'analyse pas tant les choses en termes de choix de la sanction de l'inexécution qu'en termes de conditions de formation du contrat<sup>221</sup>. Cela semble d'autant plus vrai aujourd'hui que la rétractation de son engagement par le promettant n'est plus envisagée comme une inexécution de son obligation (de faire)<sup>222</sup>. Comme l'a observé un auteur, l'abandon, par l'arrêt de 2011, de toute référence à l'article 1142 C. civ. invite à centrer désormais l'analyse sur le consentement donné par le promettant afin d'en rechercher la portée<sup>223</sup>. Or sur ce point précisément, la doctrine majoritaire considère depuis toujours que le promettant donne un consentement actuel et irrévocable à un contrat dont la réalisation dépend de la seule volonté du bénéficiaire<sup>224</sup>. Logiquement donc, le promettant ne saurait se

<sup>217</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457, note D. MAZEAUD, p. 1460, note D. MAINGUY, *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. 186, note L. LEVENEUR, *Defrénois* 2011, p. 1023, L. AYNÈS, *RTD civ.* 2011, p. 532, obs. B. FAGES. On notera que la chambre commerciale a repris la même analyse dans un arrêt en date du 13 septembre 2011 à propos d'une promesse unilatérale de vente d'actions : v. *JCP E* 2011, n° 47, 1826, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER, *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 253, note L. LEVENEUR, *RTD civ.* 2011, p. 758, obs. B. FAGES, D. 2012, p. 130, note A. GAUDEMET. *Comp. toutefois Civ. 3<sup>e</sup>*, 6 septembre 2011 (inédit), D. 2011, p. 2838, note C. GRIMALDI, *RLDC* 2012/90, n° 4538, note G. PILLET, *JCP* 2011, n° 48, 1316, note L. PERDRIX : « Attendu qu'ayant relevé que la date d'expiration du délai de levée de l'option ouverte à la société Edifides par la promesse unilatérale de vente à elle consentie par les consorts X était fixée au 15 septembre 2006 et que la dénonciation, par ces derniers, de leur engagement datait du 16 janvier 2006, la cour d'appel en a exactement déduit que la société Edifides était fondée à faire valoir que la levée de l'option devait produire son plein effet ».

<sup>218</sup> Comme l'a noté D. MAINGUY, « A propos de "l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter" », *JCP* 2012, n° 27, 808 : « 15 décembre 1993, 11 mai 2011 : la jurisprudence (...) demeure égale (...) ».

<sup>219</sup> Expression reprise de D. MAINGUY, note sous *Civ. 3<sup>e</sup>*, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1460.

<sup>220</sup> Notons qu'un arrêt récent en date du 12 juin 2013 se fonde lui aussi sur les articles 1101 et 1134, en y ajoutant l'article 1583 : *Civ. 3<sup>e</sup>*, 12 juin 2013, n° 12.19.105, *Juris-Data* n° 2013-011989.

<sup>221</sup> V. en ce sens M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc., n° 379.

<sup>222</sup> V. sur ce point G. WICKER, « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », art. préc., n° 9, qui fait observer qu'une telle analyse faisait alors rebondir le débat sur la nature de la sanction.

<sup>223</sup> G. WICKER, *ibid.* V. également N. MOLFESSIS, « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », D. 2012, p. 231 et s.

<sup>224</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 192. Comme l'exprime G. WICKER, art. préc., n° 5 : « le consentement du promettant est son consentement au contrat définitif ». On remarquera, au demeurant, que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a fait preuve du même raisonnement dans un arrêt du 8 septembre 2010, *JCP* 2010, n° 43, 1051, note G. PILLET, en affirmant que « le

rétracter sans violer l'article 1134 alinéa 2 C. civ.<sup>225</sup>. En décidant le contraire, la haute juridiction remet en cause la force obligatoire du contrat<sup>226</sup> !

**325.** Cette jurisprudence fait l'objet d'une désapprobation doctrinale quasi-unanime<sup>227</sup>. Comme l'ont noté la plupart des commentateurs, la cohérence de sa jurisprudence n'est manifestement pas le premier souci de la haute juridiction<sup>228</sup>. A quoi l'on a répondu que là n'était pas son rôle ! Daniel Mainguy a taxé de « positivisme naïf » le fait de croire que le droit positif serait déduit, découvert d'autorité d'un ensemble de règles et principes immanents, immuables, le tout dans un « système » juridique qui est à la fois complet et cohérent<sup>229</sup>. Selon lui, il n'existerait pas de « bonne » interprétation du contenu de l'article 1134 ou de l'article 1142 C. civ., mais différents arguments, de droit, d'équité, de morale, etc., entre lesquels il appartiendrait au juge souverain de trancher pour réaliser le droit, un droit en perpétuel mouvement<sup>230</sup>. Nous voilà renvoyés à notre problématique de départ : à la question de la place du juge et de ses méthodes.

La critique a de quoi étonner. Comme l'a parfaitement rappelé Guillaume Wicker, dans un système continental comme le droit français, l'ensemble de la construction du droit est articulé à partir tant d'un ensemble de règles positives que d'un ensemble de concepts, lesquels commandent, plus ou moins étroitement, l'interprétation des règles légales, mais aussi, en cas de lacunes, l'édiction des solutions jurisprudentielles<sup>231</sup>. La recherche de la cohérence et de la sécurité juridique

promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur ».

<sup>225</sup> Art. 1134 al. 2 C. civ. : « Elles [les conventions] ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise ».

<sup>226</sup> Rapp. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 192, p. 210 : « Derrière cette jurisprudence, c'est la conception même du contrat qui est en cause, puisqu'elle implique qu'un contractant est libre de se délier unilatéralement ». Il est intéressant de relever que les juges du fond qui se sont vus censurés avaient souligné, pour leur part, le fait que le promettant « était lié par son engagement contractuel jusqu'à son terme » (Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2013, préc.) ou que « le contrat faisant loi, [il] ne pouvait unilatéralement se désengager » (Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, préc.).

<sup>227</sup> Daniel MAINGUY est l'un des rares auteurs à défendre la position de la troisième chambre civile de la Cour de cassation depuis ses débuts : v. en particulier « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », D. 2011, p. 1460 ; « A propos de "l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter" », JCP 2012, n° 27, 808.

<sup>228</sup> V. parmi d'autres : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 192, p. 210.

<sup>229</sup> D. MAINGUY, « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », D. 2011, p. 1460.

<sup>230</sup> *Ibid.*

<sup>231</sup> G. WICKER, « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », art. préc., n° 6.

n'est pas du seul ressort de la théorie du droit, elle commande également la pratique judiciaire<sup>232</sup>.

**326.** Visiblement, les solutions édictées par la Cour de cassation en matière d'avant-contrats relèvent davantage de considérations politiques que juridiques. Bien évidemment et conformément à sa place dans l'ordre juridique français, la haute juridiction ne vient pas dévoiler la politique qu'elle poursuit. Toutes les interprétations sont donc permises. Certains voient dans le refus d'ordonner la réalisation forcée de la vente en cas de rétractation de la promesse la marque du libéralisme économique<sup>233</sup> tandis que d'autres y voient la manifestation du principe de proportionnalité<sup>234</sup>.

Quoi qu'il en soit, la vigueur du principe de la force obligatoire du contrat en ressort indéniablement affaibli. Le droit français fait ici pâle figure face au droit allemand où les engagements lient véritablement leurs auteurs en ce sens qu'ils peuvent toujours donner lieu à une exécution forcée en nature<sup>235</sup>. Les projets de réforme viennent, il est vrai, sauver l'honneur : tous proposent d'intégrer dans le Code civil une disposition contraire à la position que le juge adopte depuis 1993. Ils font de l'exécution forcée en nature la sanction principale<sup>236</sup>.

<sup>232</sup> Comp. D. MAINGUY, « L'efficacité de l'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », art. préc., p. 1460 et s., qui reproche à la doctrine majoritaire de confondre technique juridique (pratique du droit) et théorie du droit. En même temps, pour justifier la solution retenue par la Cour de cassation, l'auteur se fonde lui-même sur une conception *réaliste* du droit.

<sup>233</sup> D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 374.

<sup>234</sup> M. HERAIL, « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles, op. cit.*, p. 72.

<sup>235</sup> C'est le cas de l'« avant-contrat » (« Vorvertrag ») et du « contrat d'option » (« Optionsvertrag »). Le premier est un contrat qui comporte l'obligation, pour l'une ou les deux parties, de conclure prochainement un autre contrat appelé contrat principal (« Hauptvertrag »). Il oblige les parties à formuler une offre de contracter et à accepter l'offre faite par l'autre partie (BGH 8. Zivilsenat, 21.1.1958, VIII ZR 119/57). Ces obligations peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en nature : l'action en exécution de l'« avant-contrat » (« Klage auf Erfüllung des Vorvertrages ») consiste à exiger du défendeur qu'il accepte l'offre qui lui est faite par le demandeur (BGHZ 97, p. 147 ; BGH 5. Zivilsenat, 12.5.2006, V ZR 97/05, NJW 2006, p. 2843). Le demandeur peut joindre à sa demande de conclusion (forcée) du contrat une demande d'exécution de la prestation prévue au contrat principal : v. J. ELLENBERGER, in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, Einf v § 145, n° 21. Contrairement à l'« avant-contrat » (« Vorvertrag »), le « contrat d'option » (« Optionsvertrag ») ne fait pas naître, au profit du bénéficiaire, un droit à la conclusion du contrat principal (droit de créance) mais un véritable droit potestatif (« Gestaltungsrecht »), appelé droit d'option (« Optionsrecht »). Ce contrat confère donc au bénéficiaire le droit de conclure ou de prolonger un contrat (dont le contenu est déjà déterminé) par simple déclaration unilatérale de volonté.

<sup>236</sup> V. l'art. 1106 al. 2 de l'avant-projet CATALA : « La rétractation du promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour exprimer son consentement ne peut empêcher la formation du contrat promis » ; l'art. 29 al. 1 de l'avant-projet TERRÉ : « Sous réserve des dispositions ci-dessous, la révocation par le promettant pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis » ; l'art. 24 al. 2 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE dans sa version du 23 octobre 2013 : « La révocation de la promesse pendant le délai au bénéficiaire pour opter ne peut empêcher la formation du contrat promis ».

Jacques Mestre n'a pas manqué de souligner l'image (négative) que le droit français pouvait renvoyer à l'étranger, surtout auprès des entrepreneurs souhaitant effectuer un investissement en France. Il rappelle opportunément que très souvent en pratique, ces derniers ne peuvent envisager d'y procéder que de façon fractionnée et progressive, en obtenant des différents propriétaires des options d'acquisition (d'immeubles ou de parts sociales) qu'ils lèveront ensuite simultanément et globalement. Or que leur enseigne l'arrêt de 2011 ? « Que notre droit civil contractuel [les] expose à se retrouver ultérieurement avec, certes, dans une main, des promesses efficaces, [leur] permettant de devenir, comme [ils] l'avai[ent] envisagé, acquéreur auprès de signataires respectueux de leurs engagements, mais de l'autre, une promesse dont l'inexécution à elle seule suffit à faire choir tout l'intérêt bien compris de l'opération ! »<sup>237</sup>. L'arrêt oblige donc les praticiens à exploiter les ressources de la liberté contractuelle pour pallier les inconvénients qu'il génère. La stipulation d'une clause d'exécution forcée en nature présente à ce titre un intérêt particulier.

### ***B. L'ENSEIGNEMENT DES CLAUSES D'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE***

**327.** Que ce soient les partisans ou les détracteurs de la jurisprudence rendue à propos de la rétractation de la promesse unilatérale de vente, tous conseillent aux parties contractantes, en particulier au bénéficiaire de la promesse, de stipuler au contrat (préparatoire) une clause d'exécution forcée en nature.

Dans la logique traditionnelle, on enseigne que cette clause aurait pour effet de conférer au juge le pouvoir d'ordonner l'exécution forcée en nature de la promesse (1). Au vu de ce qui a été dit précédemment, il nous semble, au contraire, que l'objet de la clause n'est pas tant de doter le juge d'un pouvoir qui lui ferait défaut que de limiter son large pouvoir d'appréciation qu'il exerce en la matière (2).

---

<sup>237</sup> J. MESTRE, « L'enjeu civiliste », éditorial, RLDC 2011/85.

### ***1. La clause confère au juge un pouvoir qu'il n'a pas***

**328.** Paradoxalement, ce que le juge n'est soi-disant pas en mesure de faire, les parties au contrat le peuvent ! Dans une espèce où le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente avait été, une fois de plus, débouté de sa demande en exécution forcée de la vente promise sur le fondement de l'article 1142 C. civ., la Cour de cassation est venue souligner dans un *obiter dictum* que « les parties à une promesse unilatérale de vente [sont] libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre [peut] se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente »<sup>238</sup>. Elle est venue reconnaître ainsi la validité de la clause dite d'exécution forcée en nature<sup>239</sup>. Or une telle clause n'ayant pas été prévue par les parties en cause, la Cour a approuvé les juges du fond de n'avoir alloué au bénéficiaire lésé que des dommages-intérêts.

D'aucuns enseignent qu'il s'agit là de l'une de ces clauses qui ont pour objet de conférer au juge davantage de pouvoir en le libérant des contraintes qui limitent parfois sa marge de manœuvre<sup>240</sup>. C'est dire que la clause d'exécution forcée en nature viendrait remédier à l'insuffisance du pouvoir judiciaire en la matière, au défaut du pouvoir du juge d'ordonner l'exécution en nature de la promesse.

**329.** Ce ne serait pas la première fois que le refus de doter le juge de certains pouvoirs soit justifié par le fait que les parties puissent obtenir le même résultat de leur propre initiative. Ici, une clause spécifique doit permettre au bénéficiaire de la promesse de solliciter l'exécution forcée de celle-ci. On se rappellera que dans la conception française, il n'y a de meilleur remède que celui prévu par les parties contractantes elles-mêmes. L'efficacité de la promesse relève donc de la

---

<sup>238</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, n° 07-11.721, JCP 2008, II, 10147, note G. PILLET, RDC 2008, p. 734, obs. D. MAZEAUD, p. 1239, obs. F. COLLART DUTILLEUL, RTD civ. 2008, p. 475, obs. B. FAGES. Ce principe a été repris et réaffirmé par Paris, ch. 2 A, 3 décembre 2008, n° 07/19523.

<sup>239</sup> Sur cette clause et sa formule, v. A.-S. LUCAS-PUGET, « La clause d'exécution forcée en nature », Contrats, conc., consom. 2013, n° 2, form. 3.

<sup>240</sup> V. en particulier M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc., n° 10, 378, 380, qui mentionne également à ce titre les clauses qui viennent autoriser le juge à maintenir le contrat en cas de résolution injustifiée ou abusive.

responsabilité des parties, libres d'imposer son exécution en nature<sup>241</sup>. La solution exige de leur part une très grande vigilance.

On ne peut s'empêcher de faire un parallèle avec la logique qui a cours en matière d'imprévision. Comme nous le verrons plus loin, le juge français s'interdit de réviser le contrat en cas d'imprévision, ce qui incite les parties à insérer elles-mêmes dans leur contrat des clauses d'adaptation. Or la différence (notable) est qu'il s'agit ici du prononcé d'une mesure qui tend à satisfaire le principe de la force obligatoire du contrat. Il n'est pas logique que le juge puisse uniquement ordonner l'exécution forcée en nature de la promesse sur la seule autorisation des parties ! En effet, ne considère-t-on pas généralement que le juge est le « serviteur de la loi contractuelle » et se doit de contraindre les parties à satisfaire leurs engagements ? Si l'on admet, avec la doctrine majoritaire, que le juge, en l'absence même de toute clause, est dans l'obligation de faire droit à la demande d'exécution en nature, point n'est besoin de le prévoir conventionnellement<sup>242</sup>. Dans une promesse dépourvue de clause d'exécution forcée en nature, la loi des parties exprime déjà clairement que le promettant ne peut pas se rétracter. Si le juge devait être tenu par la volonté contractuelle, l'exécution forcée en nature devrait dès lors déjà se concevoir.

**330.** Dans le même temps, la décision de la Cour de cassation laisse à penser que l'article 1142 C. civ. ne s'imposerait qu'à défaut de stipulation contraire. Et par conséquent, que la question des modalités de l'exécution serait tout entière abandonnée à la discrétion des parties<sup>243</sup>. Ce qui est critiquable si l'on considère que la raison d'être de l'article 1142 C. civ. est dans la protection de la personne du débiteur<sup>244</sup>.

Comme nous l'avons vu plus haut, si l'exécution forcée en nature n'est pas prononcée dans un certain nombre de cas, c'est parce que la liberté individuelle du débiteur paraît aux yeux du juge plus forte encore que le droit du créancier. Ou parce que le droit d'un tiers interfère et ne peut être sacrifié dès lors, du moins, que celui-ci est de bonne foi<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> G. PILLET, note préc., p. 37.

<sup>242</sup> Sur ce *devoir* du juge d'ordonner l'exécution en nature de l'obligation lorsqu'elle est demandée par le créancier, v. infra chapitre 2.

<sup>243</sup> Ph. BRUN, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, RDC 2009, p. 143 et s.

<sup>244</sup> V. en ce sens également Ph. BRUN, *ibid.* ; G. PILLET, note préc., p. 38.

<sup>245</sup> Sur ces deux considérations : J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », art. préc., p. 96. Sur la protection du tiers acquéreur : v. plus spécialement R.



A travers sa décision, la Cour de cassation prend le risque de brouiller considérablement le message de l'article 1142 C. civ.<sup>246</sup>.

Ici, si la haute juridiction admet que les parties contractantes puissent prévoir conventionnellement l'exécution forcée en nature de la promesse, c'est bien la preuve que celle-ci n'implique pas une contrainte physique sur la personne du promettant. D'autant moins que, selon les termes mêmes de la Cour, l'exécution forcée prendra la forme d'une « constatation judiciaire de la vente »<sup>247</sup>.

La clause d'exécution forcée en nature n'a donc pas vocation à faire tomber un obstacle dirimant à l'exécution forcée en nature – ce qu'elle ne saurait faire – mais bien plus de contraindre le juge à prononcer cette sanction plutôt que des dommages-intérêts.

## *2. La clause limite le pouvoir d'appréciation du juge*

**331.** En l'occurrence, et comme n'ont pas manqué de le relever les commentateurs, la clause d'exécution forcée en nature aura pour effet de lier le juge, de sorte que celui-ci devra constater la vente sans pouvoir apprécier l'opportunité de cette mesure<sup>248</sup>.

Encore qu'on ne puisse totalement exclure, comme l'a envisagé un auteur de façon ironique, que la Cour de cassation décide à l'avenir que la clause d'exécution forcée en nature fait naître une obligation de faire qui, en cas de non-respect, se résoudrait elle-même en dommages-intérêts, ce qui obligerait les parties à prévoir une

WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. Paris I, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, n° 266.

<sup>246</sup> Ph. BRUN, note préc., p. 143 et s.

<sup>247</sup> Notons que dans sa décision précitée en date du 3 décembre 2008, la cour d'appel de Paris a approuvé les juges de première instance d'avoir condamné le promettant à régulariser l'acte authentique (de vente) dans un délai d'un mois, dit que passé ce délai, la décision vaudrait vente et ordonné la publication de la décision à la conservation des hypothèques, tout en observant que « dès lors qu'il est précisé que passé le délai d'un mois, la décision vaudrait vente, il n'y a pas lieu d'assortir d'une astreinte la condamnation à régulariser l'acte ».

<sup>248</sup> G. PILLET, note préc., p. 38 ; R. LIBCHABER, « Promesses unilatérales de vente : une ouverture de la troisième chambre civile ! », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, Bull. mensuel d'information des sociétés Joly, 1.11.2008, n° 11, p. 852 et s. : Elle [la Cour de cassation] semble ainsi estimer qu'une clause prévoyant l'exécution en nature de la promesse serait à même de peser sur un juge qui, à défaut, serait libre de préférer les dommages-intérêts de l'article 1142 » (l'auteur relativise toutefois cette analyse plus loin en relevant qu'« il s'agit bien moins d'enchaîner le juge que de contraindre les parties à respecter ce à quoi elles ont consenti dans le contrat, mais en nature »).

clause contractuelle prévoyant l'exécution forcée de la clause d'éviction de l'article 1142 C. civ. ...<sup>249</sup>.

En tout état de cause, on le voit, la clause vise bien, en réalité, à restreindre le pouvoir d'appréciation du juge dans le choix de la sanction.

**332.** Ainsi que le soulignent plusieurs études, l'intérêt de la clause d'exécution forcée en nature est double<sup>250</sup>.

Elle permet, d'une part, de contraindre le créancier insatisfait à demander prioritairement, mais non exclusivement, l'exécution forcée des prestations promises<sup>251</sup>.

Elle permet, d'autre part, au créancier de contraindre le juge à prononcer cette sanction plutôt qu'une autre, sous réserve que l'exécution en nature soit possible tant juridiquement que matériellement<sup>252</sup>.

Cette dernière remarque, qui nous intéresse ici au premier chef, est riche d'enseignements. En effet, reconnaître l'utilité d'une clause d'exécution forcée en nature vient révéler, par un effet miroir, l'existence d'une dissociation, en droit (positif) français, entre la créance contractuelle et le droit du créancier d'obtenir effectivement son dû, autrement dit une dissociation entre le droit de créance et le droit à l'exécution forcée en nature. Comme l'a finement observé Yves-Marie Laithier, une telle clause est, de fait, inutile si l'on considère que le droit à l'exécution forcée (en nature) est inclus dans le droit de créance<sup>253</sup>, ce qui est le cas, on l'a vu, en droit allemand<sup>254</sup>.

<sup>249</sup> S. AMRANI MEKKI, « Droit des contrats, septembre 2007- septembre 2008 », D. 2008, p. 2974.

<sup>250</sup> V. A.-S. LUCAS-PUGET, « La clause d'exécution forcée en nature », Contrats, conc., consom. 2013, n° 2, form. 3 ; Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », RDC 2005, p. 165-171.

<sup>251</sup> Ainsi par exemple, dans une vente commerciale, le contrat peut prévoir qu'en cas de manquement à l'obligation de délivrance conforme, l'acheteur est contraint d'exiger l'exécution en nature (sous forme de réparation ou de remplacement par le vendeur) à la place d'une exécution par équivalent ou à la place de la résolution du contrat : ex. donné par Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., p. 168.

<sup>252</sup> Comme le formule Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., p. 168, « [la clause] a pour objet de réduire un peu plus le pouvoir du juge (...) ».

<sup>253</sup> Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., p. 165. En revanche, comme le note l'auteur, l'utilité d'une clause d'exécution forcée en nature est évidente dans un droit où le prononcé de cette sanction relève de l'appréciation discrétionnaire du juge : v. « L'exécution des obligations contractuelles », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 158.

<sup>254</sup> V. supra.

Or voilà toute l'ambiguïté ou disons la subtilité du droit français : le droit français hésite encore à raisonner en termes de *droit à l'exécution forcée en nature*, du moins à en tirer toutes les conséquences<sup>255</sup>. Le juge exerce donc *de facto* un pouvoir d'appréciation quant au prononcé de cette sanction. Reste à déterminer l'exacte mesure de celui-ci.

---

<sup>255</sup> Comp. G. PILLET, note préc., p. 37 et s. : « Conformément aux prévisions de l'article 1184, alinéa 2, du Code civil et à une idée également admise à l'échelle internationale, l'exécution en nature est, pour le créancier, un droit que l'on s'attache à rendre effectif sans pour autant l'ériger au rang de principe. C'est ce que parviendrait à réaliser la clause examinée [clause d'exécution forcée en nature] ».

## CHAPITRE II - DEVOIR DU JUGE D'ORDONNER L'EXÉCUTION EN NATURE

**333.** Nous venons de voir que dans la logique traditionnelle française, si le juge refuse de faire droit à la demande d'exécution en nature du créancier, c'est parce qu'il n'a pas le *pouvoir* de contraindre le débiteur à s'exécuter en nature.

Cette analyse permet alors une seconde assertion : celle qui consiste à dire que lorsqu'il peut ordonner l'exécution en nature, autrement dit lorsque l'obligation en cause est susceptible d'exécution forcée en nature, le juge a le *devoir* de le faire<sup>256</sup>. C'est postuler l'existence d'une compétence liée du juge en la matière : l'exécution forcée en nature serait de droit pour le créancier, si bien que le juge n'aurait aucun pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la mesure.

Les développements précédents ont déjà révélé la fragilité du raisonnement : en effet, il suffit au juge de décréter qu'il n'a pas le pouvoir d'ordonner l'exécution en nature pour faire échec au droit du créancier d'obtenir son dû.

Derrière le « pouvoir limité » du juge se profile bien souvent un certain pouvoir d'appréciation de la mesure.

Le pouvoir d'appréciation du juge sera d'autant plus étendu que les limites apportées à l'exécution forcée en nature sont nombreuses.

Il est d'ailleurs significatif que les nouvelles restrictions apportées au principe de l'exécution forcée en nature par les projets de droit européen des contrats soient contestées de part et d'autre au motif qu'elles viendraient favoriser l'emprise du juge sur le choix de la sanction et non pas parce qu'elles viendraient limiter son pouvoir.

Ce sont donc les restrictions apportées au principe de l'exécution forcée en nature qu'il faut examiner afin de mesurer l'ampleur du pouvoir d'appréciation

---

<sup>256</sup> Ce raisonnement en deux temps est particulièrement net chez G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 15, 18 et s. ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », art. préc., n° 4 et 15.

détenu par le juge en la matière. Seules seront prises en considération ici les restrictions apportées par le droit substantiel (qu'elles soient d'origine légale ou jurisprudentielle), à l'exclusion de celles prévues par le droit procédural.

Au cours de la réforme du droit des obligations de 2002, le législateur allemand est venu insérer dans le BGB certaines limites au droit à l'exécution forcée en nature, qui s'ajoutent à celles que prévoit depuis toujours le code de procédure civile (ZPO) sur un autre plan.

La principale limite du droit français résidant, on l'a vu, dans le caractère éminemment personnel de certaines prestations, le droit français est présenté comme l'un de ceux qui favorisent le plus cette sanction au monde<sup>257</sup>.

Ainsi, contrairement à ses homologues étrangers, notamment allemands, qui bénéficieraient d'un pouvoir d'appréciation étendu (section II), le juge français ne disposerait que d'un pouvoir d'appréciation restreint (section I)<sup>258</sup>.

## SECTION I - LE POUVOIR D'APPRÉCIATION RESTREINT DU JUGE FRANÇAIS

**334.** Il n'est certainement aucun autre thème qui soit autant controversé que celui de l'ampleur du pouvoir d'appréciation reconnu au juge en matière d'exécution forcée en nature. Les incertitudes dont fait preuve le droit français sur ce point sont relayées également au niveau supranational où l'on fait observer que « Whether enforced performance *in natura* is available as a matter of right for the creditor (and therefore the judge must grant it if it is asked for) is, (...) unsure »<sup>259</sup>.

Ici, la réalité (§ 2) diverge parfois de ce qui est enseigné (§ 1).

---

<sup>257</sup> V. J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », art. préc., p. 13.

<sup>258</sup> V. Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, n° 146.

<sup>259</sup> V. Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, 2009, p. 834. Pour le même constat, v. déjà *Principes du droit européen du contrat, version française*, *op. cit.*, notes sous l'art. 9.102, p. 362 et s.

## **§ 1. L’AFFIRMATION D’UNE COMPÉTENCE LIÉE DU JUGE**

**335.** Pour la doctrine dominante, le juge est non seulement en mesure d’ordonner l’exécution forcée en nature dans la plupart des cas (*il peut*) mais aussi contraint de le faire (*il doit*). La première assertion se fonde, on l’a vu, sur la mise à l’écart progressive et toujours plus grande de l’article 1142 C. civ. La seconde s’appuie sur les termes de l’article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ., donc sur le principe de la force obligatoire du contrat (A).

Le fondement assigné à l’exécution forcée en nature est loin d’être neutre : en même temps qu’il fait obligation au juge d’ordonner l’exécution en nature lorsqu’elle est demandée par le créancier, il lui interdit d’apporter des restrictions à celle-ci, celles-ci étant perçues comme une atteinte au principe de la force obligatoire du contrat (B).

### **A. LE LIEN IRRÉDUCTIBLE ENTRE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ET L’EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE**

**336.** On ne peut qu’être frappé par la similarité des raisonnements français et allemand quand on lit que le principe de l’exécution forcée en nature est de « l’essence même de l’obligation [qui] est d’être exécutée telle quelle »<sup>260</sup> ou que « la sanction qu’est l’exécution forcée paraît inhérente à l’obligation et que permettre au débiteur de s’en libérer, fût-ce au prix d’une – mais unique – indemnisation, recèle une contradiction fondamentale »<sup>261</sup>.

Cependant, poser le principe de l’exécution forcée en nature n’est pas tout à fait la même chose que consacrer un véritable droit à l’exécution forcée en nature.

**337.** Pour asseoir le droit du créancier d’obtenir l’exécution forcée en nature, la doctrine dominante française s’appuie plus spécifiquement sur l’article 1134 al. 1<sup>er</sup>

---

<sup>260</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations, 3. Le rapport d’obligation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2013, n° 160.

<sup>261</sup> Ph. DELEBECQUE, « L’exécution forcée », RDC 2006, p. 101.

C. civ. Le droit à l'exécution forcée en nature est généralement considéré comme l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat<sup>262</sup>.

**338.** Ce lien effectué entre la force obligatoire du contrat et l'exécution forcée en nature est souvent présenté comme une spécificité du modèle contractuel français.

L'analyse du droit allemand vient relativiser quelque peu cette considération. Une étude récente insiste en effet sur les liens étroits qu'entretiennent, en droit allemand, le principe *pacta sunt servanda*, dit « principe de fidélité au contrat » (*Vertragstreue*), et le principe de l'exécution en nature (*Naturalerfüllungsgrundsatz*)<sup>263</sup>. Sans aller jusqu'à assimiler les deux principes<sup>264</sup>, la doctrine et la jurisprudence font découler régulièrement du principe de la force obligatoire du contrat l'obligation du débiteur d'exécuter en nature le contrat<sup>265</sup>.

De façon remarquable, le même raisonnement a trouvé place également dans les PDEC qui ont suivi en cela la tradition romano-germanique. Le droit du créancier d'une obligation autre que de somme d'argent d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse, posé à l'article 9.102 PDEC, est expliqué par référence à la force obligatoire du contrat. Comme le souligne la Commission Lando, un droit général à l'exécution en nature présente de multiples avantages : tout d'abord, par ce moyen, le créancier obtient, autant que possible, ce

---

<sup>262</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 19 ; N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », art. préc. ; V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, th. préc. ; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. dactyl. Paris I, 2000, n° 544 et s. ; P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, th. préc., n° 175 ; *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 355-10 et 376-2. Selon l'étude d'Y.-M. LAITHIER (th. préc., n° 27), Demolombe aurait été le premier à établir explicitement ce lien : « (...) le principe fondamental de notre matière, c'est que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134) ; et, par conséquent, c'est le droit du créancier de demander, contre le débiteur, l'exécution effective de l'obligation même qu'il a contractée » : v. C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1<sup>er</sup>, Paris, Durand et Hachette, 1877, n° 488.

<sup>263</sup> M.-Ph. WELLER, *Die Vertragstreue*, op. cit., p. 42 et s. Ainsi que le révèle le sous-titre de cette « thèse d'habilitation », et ainsi que tend à le démontrer l'auteur, la notion de fidélité au contrat « Vertragstreue » implique trois éléments : d'une part, la force obligatoire du contrat (« Vertragsbindung »), d'autre part le principe de l'exécution en nature (« Grundsatz der Naturalerfüllung »), enfin le devoir des parties de participer à la réalisation effective du contrat (« Leistungstreue »). Pour un constat similaire en droit espagnol : S. HERMAN, « Pacta sunt servanda trifft auf den Freien Markt », *ZfRV* 2005, p. 94 et s.

<sup>264</sup> Comme le formule M.-Ph. WELLER, *ibid.*, la notion de force obligatoire du contrat (« Vertragsbindung ») est plus générale que celle d'exécution en nature car elle englobe notamment les « droits secondaires » (« sekundäre Leistungspflichten »), comme les dommages-intérêts.

<sup>265</sup> V. par ex. BGH 2. Zivilsenat, 21.3.2005, II ZR 310/03, *NJW* 2005, p. 1784, pt. 46 : « Jeder Vertragspartner (...) muß sich vertragstreu verhalten. Insbesondere darf er die Erfüllung des Vertrages oder einer wesentlichen Vertragspflicht nicht ernsthaft und endgültig verweigern oder erklären, er werde den Vertrag nicht so erfüllen, wie es vereinbart ist ». V. également les nombreuses références doctrinales chez M.-Ph. WELLER, op. cit., p. 43 et s. Adde CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, op. cit., v° pacta sunt servanda : « Verträge müssen eingehalten (erfüllt) werden ».

qu'il est en droit d'attendre du contrat ; ensuite, on écarte les difficultés d'évaluation du préjudice ; enfin la force obligatoire des contrats est accentuée<sup>266</sup>.

Si particularité du droit français il y a, c'est la critique récurrente dont fait l'objet ce raisonnement. La plus virulente et peut-être la plus célèbre est celle formulée par Yves-Marie Laithier<sup>267</sup>. L'auteur dénonce la confusion commise entre la norme contractuelle et l'une de ses sanctions. Il estime en effet que l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ. signifie simplement que le débiteur et le créancier sont liés par une obligation sous la sanction du droit. Ce qui signifie qu'en cas de violation de l'obligation contractuelle, *une* sanction juridique interviendra, qui ne sera pas nécessairement l'exécution forcée en nature. Selon l'auteur, on ne saurait déduire de la norme qui fait du contrat une notion juridique (l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ.), le type de sanction applicable à sa violation. Tout en venant remettre en cause la primauté de l'exécution forcée en nature parmi les sanctions de l'inexécution du contrat, l'analyse fragilise l'idée que le créancier disposerait d'un droit à l'exécution forcée en nature. A ce stade, on observera que cette opinion, encore minoritaire, gagne du terrain. Les nombreuses prises de position doctrinale suscitées par le contentieux relatif à la violation des avant-contrats révèlent une certaine adhésion à l'idée que la force obligatoire du contrat ne porte pas en elle-même nécessairement le droit à l'exécution en nature<sup>268</sup>.

**339.** Toujours est-il que l'exécution forcée en nature dispose d'un statut privilégié en droit français qui conduit certains à la qualifier non pas de sanction mais de mise en force du contrat<sup>269</sup>. L'avant-projet Catala tend à souligner sa spécificité en

---

<sup>266</sup> *Principes du droit européen du contrat, version française, op. cit.*, commentaire II sous l'art. 9.102, p. 359. Notons que de son côté, la CJUE n'a pas hésité à énoncer que « (...) conformément aux principes généraux du droit civil, chacune des parties contractantes est tenue d'honorer son contrat et de fournir la prestation prévue par ce dernier. L'obligation de respecter ce contrat ne résulte donc pas de la conclusion, spécialement à cette fin, d'un autre accord. L'obligation d'exécution effective dudit contrat (...) résulte du contrat lui-même » (CJUE, 18 juillet 2007, C-277/05 (Société thermale d'Eugénie-Les-Bains), pt. 24).

<sup>267</sup> Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., spéc. n° 43 et s. ; le même, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., p. 172 et s.

<sup>268</sup> V. par ex. Ph. BRUN, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, RDC 2009, p. 143 et s. ; D. MAINGUY, « A propos de "l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter" », JCP 2012, n° 27, 808 (qui souligne la distinction entre force obligatoire du contrat et sanction de celle-ci) ; R. LIBCHABER, « Promesses unilatérales de vente : une ouverture de la troisième chambre civile ! », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, préc. (qui dénonce une radicalisation de la notion de force obligatoire du contrat, consistant à considérer que tout contrat inexécuté devrait donner lieu à exécution forcée en nature et qui note que « dire qu'un contrat a force obligatoire, cela signifie seulement que son inexécution ne saurait demeurer impunie »).

<sup>269</sup> V. N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », art. préc., p. 44 : « On admettra tout d'abord que l'exécution forcée en nature n'est pas une sanction mais une mise en force du



la réglementant dans une section spécifique, distincte de celle consacrée à l'inexécution du contrat<sup>270</sup>.

Là où l'on donnera raison à M. Laithier, c'est que le choix (doctrinal) de fonder le principe de l'exécution forcée en nature sur l'article 1134 al. 1<sup>er</sup> C. civ. est tout sauf neutre. En effet, le Code civil comporte plusieurs dispositions susceptibles d'asseoir celui-ci. C'est en cela que la référence faite au principe de la force obligatoire du contrat, cette préférence marquée pour l'article 1134 C. civ., dénote une certaine particularité française.

**340.** Parmi les divers textes susceptibles de fonder le principe de l'exécution forcée en nature, deux retiennent particulièrement l'attention : les articles 1184 al. 2 et 1142 C. civ.

L'article 1184 al. 2 C. civ. vient immédiatement à l'esprit. On a vu qu'il venait exprimer on ne peut plus clairement l'idée d'exécution forcée en nature. Il confère au créancier le choix ou de « forcer » le débiteur à l'exécution de la convention ou d'en « demander » la résolution avec dommages et intérêts. Certains auteurs ont pris prétexte de la différence de vocabulaire utilisé pour les deux branches de l'option pour affirmer que le texte venait consacrer un véritable droit à l'exécution forcée en nature au profit du créancier. Comme nous le verrons plus loin, dire que le créancier peut « demander » la résolution ne signifie aucunement qu'il est en droit de l'obtenir. La particularité de l'exécution, première branche de l'option, n'en ferait que mieux ressortir : ici, le créancier peut « forcer » l'autre à l'exécution, ce qui signifierait qu'il a *le droit* de forcer le débiteur à l'exécution de la convention<sup>271</sup>. Or, on sait combien cette dernière affirmation est contestée par ceux qui viennent souligner, au contraire, que l'article 1184 n'établit pas de hiérarchie entre les voies qu'il ouvre au libre choix

---

contrat. On ne punit pas un contractant en l'obligeant à faire ce à quoi il s'est engagé. On le punit s'il ne le fait pas ».

<sup>270</sup> L'exécution des obligations fait l'objet d'une section 4 tandis que l'inexécution des obligations et la résolution font l'objet d'une section 5 du chapitre III relatif à l'effet des conventions.

<sup>271</sup> Comp. L. AYNÈS, « Rapport introductif », RDC 2005, p. 10 : « Droit à l'exécution (...) C'est la formule que l'on trouve dans l'article 1184 du Code civil : le créancier a le droit de forcer le débiteur à l'exécution de la convention ».

du juge<sup>272</sup>. Aux incertitudes s'ajoute un autre inconvénient : ce texte a un champ d'application limité puisqu'il vise uniquement les contrats synallagmatiques.

Pourquoi ne pas fonder alors le principe de l'exécution forcée en nature sur l'article 1142 C.civ., « revisité » bien entendu<sup>273</sup> ? Pour l'heure, même « réinterprété » et réduit à sa portion congrue, ce texte est doté d'une telle charge symbolique qu'il ne semble pas pouvoir constituer le siège d'un « droit » à l'exécution forcée en nature. Il incarne bien plus la défense des intérêts du débiteur, la protection de sa liberté individuelle, que la défense des intérêts du créancier, sa satisfaction en nature<sup>274</sup>. Aujourd'hui, il continue de légitimer les exceptions apportées au principe de l'exécution forcée en nature, qui confèrent à la clause d'exécution forcée en nature tout son intérêt<sup>275</sup>. C'est ce qui lui vaut d'ailleurs le qualificatif de « bête noire de l'exécution forcée ». Loin de véhiculer l'image du juge lié par la demande du créancier, ce texte semble lui conférer au contraire un pouvoir d'appréciation de la mesure. Il est vrai que le fameux arrêt du 16 janvier 2007 précité, qui est venu énoncer que le prononcé de mesures d'interdiction destinées à assurer l'exécution de l'obligation contractuelle entraine dans les pouvoirs des juges du fond, a été rendu au visa des articles 1134 et 1142 C. civ., si l'on a égard uniquement aux textes de droit substantiel. Certains y ont vu la preuve de ce que la Cour de cassation avait neutralisé le principe légal (de l'article 1142), qu'elle l'avait renversé : « en principe, dit-elle, le créancier peut demander l'exécution forcée, alors que le texte visé dit exactement le contraire »<sup>276</sup>. Certes, mais on a vu qu'en droit français, « demander » n'était pas forcément « obtenir ». C'est là où l'article 1134 C. civ. a tout son rôle à jouer ; et c'est peut-être ce qui explique que la haute juridiction l'ait cité conjointement avec l'article 1142 C. civ.

<sup>272</sup> V. parmi d'autres R. LIBCHABER, « Promesses unilatérales de vente : une ouverture de la troisième chambre civile ! », note préc., p. 852 et s.

<sup>273</sup> C'est la suggestion d'Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 33.

<sup>274</sup> Comme le notent F. LABARTHE, C. NOBLOT, *Traité des contrats (dir. J. GHESTIN), Le contrat d'entreprise*, Paris, LGDJ, 2008, n° 613, trois explications ont été avancées au soutien de la règle énoncée à l'art. 1142 C. civ. : la première, tournée vers le débiteur, est humaniste et réside dans l'intangibilité de la personne humaine ; la deuxième, orientée vers le créancier, est utilitariste et insiste sur l'inefficacité pratique de la coercition, la prestation risquant d'être de piètre qualité ; la troisième, tendue vers la paix publique, est holiste et souligne la nécessité de ne pas perturber l'ordre public par des voies de fait entre particuliers. Que l'on privilégie l'une ou l'autre explication, on voit bien que la satisfaction du créancier, prise dans le sens de la réalisation de ses droits, n'est pas au centre de cette disposition.

<sup>275</sup> Rapp. E. GARAUD, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature. Droit positif et projets de réforme », RLDC 2010/4, n° 70 : « (...) l'article 1142 fait aujourd'hui figure de tempérament à un axiome qui coiffe plusieurs arrêts de la Cour de cassation : "la partie envers laquelle un engagement contractuel n'a point été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible" ».

<sup>276</sup> J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », art. préc., p. 14.

**341.** Le mérite de l'article 1134 C. civ. est de dépasser le conflit apparent entre les articles 1184 al. 2 et 1142 C. civ. : il permet de guider le choix du juge qui se voit placé devant des textes contradictoires.

La doctrine majoritaire en déduit que le juge *doit* faire primer le respect des engagements contractuels, sauf impossibilité. Comme l'a parfaitement mis en lumière M. Laithier, le rattachement de l'exécution forcée en nature à la force obligatoire est un moyen (ou une tentative) de brider le pouvoir d'appréciation du juge<sup>277</sup>.

« Il s'agit en effet d'assurer sans partage l'exécution du contrat et de mobiliser le juge pour assurer, par son *imperium*, le respect d'un engagement, par hypothèse inexécuté »<sup>278</sup>. La référence faite à l'article 1134 C. civ. permet d'affirmer que l'exécution forcée en nature s'impose en priorité aux parties et au juge, tout comme la force obligatoire dont elle procède directement. C'est dire que le juge n'a pas à apprécier l'opportunité de la demande du créancier. C'est donc ce dernier qui est l'appréciateur souverain du caractère adéquat de cette sanction<sup>279</sup>.

On notera que si la jurisprudence récente semble postuler elle aussi l'existence d'un droit du créancier à l'exécution forcée en nature, les textes sur lesquels elle prend appui sont divers et varient d'un arrêt à l'autre. Le plus souvent, elle vise l'article 1184 C. civ.<sup>280</sup>, ce qui ne l'empêche pas de viser parfois l'article 1134 C. civ.<sup>281</sup> ou les deux ensemble<sup>282</sup>.

<sup>277</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 34 et s. ; le même, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., p. 172. Rapp. S. LE GAC-PECH, « La direction de la sanction », PA 9 mars 2009, p. 3 et s. : « Le primat donné à l'exécution forcée conduit à un effacement du rôle du juge ». L'auteur voit d'ailleurs un lien entre la prééminence accordée à l'exécution forcée et la défiance vis-à-vis de l'autorité judiciaire.

<sup>278</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », RDC 2005, p. 41.

<sup>279</sup> E. GARAUD, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature. Droit positif et projets de réforme », art. préc., n° 9.

<sup>280</sup> V. en particulier Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 1985, Bull. IV, n° 286 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, Contrats, conc., consom. 2005, comm. 187, note L. LEVENEUR, RDC 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD, RTD civ. 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES, JCP 2005, II, 10152, note S. BERNHEIM-DESVAUX ; Civ. 3<sup>e</sup>, 22 octobre 2008, n° 07-16.739, Juris-Data n° 2008-045544. Récemment, la troisième chambre civile a affirmé au visa des art. 1184 et 1147 C. civ. « qu'une obligation peut faire l'objet d'une exécution forcée indépendamment de la gravité du manquement contractuel » : Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mai 2013, n° 12-16.217, Juris-Data n° 2013-010392, JCP 2013, n° 38, 974, obs. P. GROSSER.

<sup>281</sup> V. en particulier Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, préc. *Adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1962, Bull. I, n° 511 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 16 novembre 1977, Bull. III, n° 392 ; Com., 20 janvier 1981, Bull. IV, n° 41 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janvier 1984, Bull. III, n° 10 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 1991, Bull. III, n° 106.

<sup>282</sup> Concernant l'inexécution des obligations monétaires, la Cour de cassation a énoncé au triple visa des art. 1134, 1142 et 1184 C. civ. que le créancier d'une obligation de somme d'argent inexécutée peut toujours exiger le règlement du prix, de préférence à la résolution de l'acte juridique assortie d'une mesure de réparation à hauteur du préjudice effectif (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, n° 00-22.202, RTD civ. 2003, p. 709, obs. J. MESTRE et B. FAGES, JCP 2004, I, n° 163, obs. G. VINEY).

Ainsi rattaché au principe de la force obligatoire du contrat, le droit du créancier à l'exécution forcée en nature revêt un caractère quasi absolu.

### ***B. L'INTERDICTION FAITE AU JUGE DE PORTER ATTEINTE À LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT***

**342.** Fonder le droit à l'exécution forcée en nature sur le principe de la force obligatoire du contrat rend plus difficile l'acceptation des limites apportées à celui-ci. En effet, le principe de la force obligatoire impose l'exécution scrupuleuse du contrat, coûte que coûte.

Comme l'a parfaitement exprimé un auteur, « l'essor d'un droit à l'exécution forcée, lié au principe de la force obligatoire du contrat signifie le respect impératif de l'obligation, quelles que puissent être les conséquences de l'exécution forcée »<sup>283</sup>. C'est dire qu'il n'est pas question ici de lutte contre les excès du contrat, de quête de proportionnalité ou d'équilibre<sup>284</sup>.

**343.** L'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 11 mai 2005 est exemplaire à ce titre : en l'espèce, un constructeur français a été condamné à démolir et à reconstruire une maison tout juste achevée parce que le niveau de la construction présentait une insuffisance de 33 centimètres<sup>285</sup>.

Il s'inscrit dans la lignée de l'arrêt du 17 janvier 1984, qui avait jugé qu'en présence d'une piscine parfaitement construite à ceci près que le nombre de marches pour accéder dans l'eau était de trois au lieu des quatre prévues au contrat, il y avait lieu d'ordonner la destruction complète de l'ouvrage et sa reconstruction<sup>286</sup>.

Le message de la Cour de cassation est clair : le juge doit faire droit à la demande en exécution forcée en nature du créancier quelque disproportionnée qu'elle lui paraîsse. Le respect du contrat est à ce prix.

---

<sup>283</sup> N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », art. préc., p. 41.

<sup>284</sup> *Ibid.*

<sup>285</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, préc., Bull. III, n° 103.

<sup>286</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janvier 1984, inédit, RTD civ. 1984, p. 711, obs. J. MESTRE.

Comme l'enseigne la doctrine, l'exécution en nature s'impose au juge sauf impossibilité morale, matérielle ou juridique<sup>287</sup>. Il perd tout pouvoir d'appréciation car il est « lié par la loi des parties ».

Dans cette logique, le refus du juge d'ordonner l'exécution en nature du contrat alors qu'aucun obstacle insurmontable ne s'y oppose est perçu non pas comme une modification du contrat au sens exact du terme mais comme une atteinte intolérable à sa force obligatoire<sup>288</sup>.

Les limites pouvant être apportées au droit à l'exécution forcée en nature sont donc strictement entendues. C'est ce qui fait dire à la doctrine qu'en droit français, le créancier est totalement maître de la sanction<sup>289</sup>.

**344.** Cette dernière affirmation mérite d'être précisée. En effet, pendant un temps, elle signifiait également que le créancier était seul en droit d'exiger l'exécution forcée en nature, celui-ci ne pouvant pas la subir<sup>290</sup>. Autrement dit, le débiteur défaillant ne pouvait pas la lui imposer<sup>291</sup>.

Or dans un arrêt remarqué en date du 27 mars 2013, la Cour de cassation a jugé au contraire que « le preneur à bail de locaux à usage d'habitation qui recherche la responsabilité du bailleur pour défaut d'exécution de son obligation d'entretien, *ne pouvant refuser l'offre de ce dernier d'exécuter son obligation en nature*, la cour d'appel, qui a constaté que [le bailleur] offrait de réaliser les travaux, a pu en déduire,

---

<sup>287</sup> V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1113 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 20.

<sup>288</sup> V. Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law », *RDC* 2010, p. 413.

<sup>289</sup> Ph. THÉRY, « L'exécution forcée », art. préc., p. 241.

<sup>290</sup> J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », art. préc., p. 14.

<sup>291</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 28 septembre 2005, Bull. III, n° 180, JCP 2006, II, 10010, note C. NOBLOT, *Contrats, conc., consom.* 2006, comm. 4, note L. LEVENEUR, *RTD civ.* 2006, p. 129, obs. P. JOURDAIN, p. 311, obs. J. MESTRE et B. FAGES (« l'entrepreneur, responsable de désordres de construction, ne peut imposer à la victime la réparation en nature du préjudice subi par celle-ci ») ; Civ. 2<sup>e</sup>, 18 mars 2010, Bull. II, n° 64, *D.* 2010, p. 2111 (généralisation de la solution rendue, en 2005, en matière de contrat d'entreprise : selon la haute juridiction, méconnaît l'objet du litige, une cour d'appel qui décide que le défendeur réalisera les travaux de remise en état alors que le demandeur sollicitait des dommages-intérêts et s'opposait à leur réalisation par son débiteur). Bien qu'il s'agisse ici de réparation en nature plutôt que d'exécution en nature (sur cette distinction, v. infra), la doctrine n'hésite pas à appréhender ces décisions sous l'angle d'un (éventuel) droit à l'exécution du débiteur.

sans modifier l'objet du litige, que le locataire ne pouvait demander une réparation en équivalent »<sup>292</sup>.

Comme l'ont fait observer certains, si l'on admet que le fondement du droit à l'exécution en nature est le principe de la force obligatoire du contrat, il n'y a pas de raison décisive de faire une différence entre le cas où le créancier l'exige et celui où le débiteur la propose<sup>293</sup>.

Conformément à la lecture rigide traditionnelle de la force obligatoire du contrat, l'arrêt pourrait indiquer que l'offre d'exécution en nature faite par le débiteur s'impose non seulement au créancier mais aussi au juge. A tout le moins dans le domaine spécifique du droit au bail, concerné en l'espèce. Dans ce cas, le juge qui serait face à une demande de dommages-intérêts pour inexécution du contrat de la part du créancier et à une offre d'exécution en nature de la part du débiteur, serait tenu de faire droit au débiteur. Comme l'a noté un commentateur avisé, nulle référence n'est faite dans cet arrêt au caractère sérieux et « satisfactoire » de l'offre faite par le débiteur<sup>294</sup>. Or, il s'agit précisément d'un élément qui est soumis classiquement à l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>295</sup>. Ainsi devrait-on en déduire que le juge qui constaterait l'existence d'une telle offre n'aurait pas d'autre choix que de l'imposer au créancier en le déboutant de sa demande de dommages-intérêts ou de résolution<sup>296</sup>.

Si cette tendance devait se confirmer, le créancier ne serait plus le seul maître du choix de l'exécution en nature. Le débiteur pourrait lui aussi imposer son « droit » à l'exécution en nature au créancier et au juge. C'est le principe même de la force obligatoire du contrat qui en ressortirait renforcé.

---

<sup>292</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, Bull. III, n° 40, JCP 2013, n° 38, 974, obs. P. GROSSER, RDC 2013, p. 890, note Th. GENICON, p. 903, note G. VINEY (nous soulignons).

<sup>293</sup> G. VINEY, « Le choix du juge entre réparation en nature et dommages et intérêts », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, préc.

<sup>294</sup> P. GROSSER, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, JCP 2013, n° 38, 974, n° 12.

<sup>295</sup> Selon un courant bien établi en matière de résolution pour inexécution, en cas de demande de résolution formée par le créancier, « il appartient aux juges du fond, en présence d'offres faites au cours d'une instance par un débiteur, d'apprécier souverainement si elles sont de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution demandée » : v. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 février 1967, Bull. I, n° 68.

<sup>296</sup> P. GROSSER, *ibid.* De son côté, Th. GENICON, note préc. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, dénonce lui aussi une incohérence entre la solution retenue traditionnellement en matière de résolution et celle retenue en l'espèce, en matière de dommages-intérêts.

Ces considérations viennent conforter l'idée que si le juge est ici lié, c'est davantage parce qu'il doit faire respecter la loi contractuelle que pour garantir l'efficacité de la volonté exprimée par le créancier dans le choix de la sanction<sup>297</sup>.

De façon générale, l'image du créancier maître du jeu, mise en avant par la doctrine pour marquer la compétence liée du juge en la matière, s'avère fragile.

## **§ 2. LES LIMITES DE CETTE AFFIRMATION**

**345.** Le système juridique français présente en effet deux particularités qui viennent relativiser l'affirmation du *droit* du créancier à l'exécution forcée en nature.

La première est d'ordre « structurel » : en droit français, la demande d'exécution forcée en nature formulée par le créancier a ceci d'aléatoire que les limites assignées au principe de l'exécution en nature ne sont pas clairement posées par le législateur (A).

La seconde est d'ordre conceptuel : en droit français, la confusion fréquente opérée entre les concepts d'exécution en nature et de réparation en nature tend à redonner au juge une liberté d'appréciation quant au choix de la mesure (B).

### **A. LE CARACTÈRE PRÉTORIEN DES LIMITES AU « DROIT » À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE**

**346.** Pour l'heure, les limites assignées, en droit français, au principe de l'exécution forcée en nature se résument à une seule notion souple, qui se décline sous plusieurs formes : l'« impossibilité » d'exécution (1). Si celle-ci ne vient conférer au juge qu'un pouvoir d'appréciation inhérent à toute notion juridique indéterminée, il n'est pas exclu, en théorie du moins, que la jurisprudence aille plus loin en reconnaissant aux juges du fond le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la mesure, donc un véritable pouvoir discrétionnaire (2).

---

<sup>297</sup> V. M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc., n° 344, p. 352.

### ***1. La notion souple d' « impossibilité » propice au pouvoir d'appréciation du juge***

**347.** Comme nous l'avons vu plus haut, l'idée qui prévaut aujourd'hui au sein de la doctrine est que le juge est tenu de faire droit à la demande d'exécution forcée en nature sauf cas d'impossibilité matérielle, morale ou juridique.

Si la notion d'impossibilité transparaît à l'article 1184 al. 2 C. civ. – « [Le créancier] (...) a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention *lorsqu'elle est possible* (...) » – les diverses catégories d'impossibilité relèvent davantage d'une systématisation doctrinale<sup>298</sup>.

Elles donnent l'impression (trompeuse) de constituer des catégories parfaitement délimitées.

La seule qui soit relativement certaine et peu problématique est la première, la catégorie de l'impossibilité dite matérielle, connue de tous les systèmes juridiques. Il s'agit ici de cas où la prestation ne peut être accomplie pour une raison matérielle : il en est ainsi notamment lorsque la chose à livrer a disparu ou que l'ouvrage promis ne peut être réalisé parce que les matières premières nécessaires à sa fabrication ou à sa construction font défaut<sup>299</sup>.

**348.** Les deux autres sont plus souples et confèrent, de ce fait, un certain pouvoir d'appréciation au juge.

La catégorie de l'impossibilité dite juridique recouvre les hypothèses où la prestation est devenue juridiquement illicite (ex. : la chose ou le service promis sont entre-temps tombés hors du commerce)<sup>300</sup> et celles où l'exécution forcée en nature porterait atteinte aux droits d'un tiers de bonne foi<sup>301</sup>. Cette dernière considération est notamment à l'origine du refus de substituer le bénéficiaire d'un pacte de préférence dans les droits du tiers (de bonne foi) en cas de violation de celui-ci par le promettant.

---

<sup>298</sup> La jurisprudence se contente souvent de se référer à la formule de l'article 1184 al. 2 C. civ. pour affirmer le « droit » du créancier à l'exécution forcée en nature, en posant donc comme simple réserve la possibilité d'accéder à la demande d'exécution. V. notamment Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, préc.

<sup>299</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 20.

<sup>300</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 287.

<sup>301</sup> Ainsi par ex., dans deux arrêts rendus au visa de l'article 1142 C. civ., la Cour de cassation a reproché aux juges du fond d'avoir ordonné au bailleur, sous astreinte, de délivrer au preneur un local d'habitation alors qu'ils avaient constaté que le local avait été loué (en même temps) à un tiers, rendant la délivrance ordonnée impossible : v. Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juin 2006, préc. ; Civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008, préc.



On a vu que le bénéficiaire n'était en droit d'obtenir sa substitution au tiers acquéreur qu'en cas de mauvaise foi « renforcée » de ce dernier. La doctrine vient souligner à cet égard l'importance de l'appréciation personnelle du magistrat quant à l'établissement de la preuve de la mauvaise foi du tiers, laquelle viendrait générer une certaine imprévisibilité tout en permettant une décision de justice prenant en compte l'opportunité de la substitution<sup>302</sup>. C'est bien la preuve que le juge est amené ici à peser les intérêts en présence<sup>303</sup>.

Quant à la catégorie de l'impossibilité dite morale, elle renvoie à la fameuse catégorie des obligations personnelles de faire et de ne pas faire dont l'exécution forcée paraît moralement inadmissible car serait en jeu une liberté essentielle ou fondamentale du débiteur. Or, comme l'a montré le cas des promesses unilatérales de vente, et comme le concède la doctrine, le critère de l'atteinte excessive à la liberté reste très flou et discutables dans ses résultats<sup>304</sup>.

**349.** On l'aura compris, le renvoi au champ du possible est propice aux flottements jurisprudentiels car la notion ne manque pas de souplesse<sup>305</sup>.

Il n'est pas exclu, en théorie, que la notion s'ouvre à des considérations économiques : le droit allemand constitue un bel exemple à ce titre. Comme nous le verrons plus loin, pour remédier aux perturbations qui déséquilibraient profondément les contrats à la suite de l'effondrement du Mark et de l'instabilité économique persistante après la Première Guerre mondiale, la jurisprudence allemande a étendu la notion légale d'impossibilité (*Unmöglichkeit*) de l'ancien § 275 BGB, entendue au sens strict d'une impossibilité matérielle, pour consacrer le cas dit de l'impossibilité économique (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) couvrant les hypothèses où le débiteur devrait fournir des efforts d'une telle ampleur qu'on ne peut pas raisonnablement attendre de lui qu'il exécute sa prestation.

---

<sup>302</sup> V. L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, chron. droit des contrats, *Droit & Patrimoine* février 2009 (n° 178), p. 120 et s.

<sup>303</sup> On notera qu'en droit allemand, la protection du tiers est assurée au moyen des principes de séparation et d'abstraction (« Trennungs- und Abstraktionsprinzip ») et non par le truchement du juge. Pour plus de détails, v. R. WINTGEN, *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. préc., n° 233 et s.

<sup>304</sup> V. en particulier G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 17-3, p. 63 ; A. LEBOIS, « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », art. préc.

<sup>305</sup> E. GARAUD, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature. Droit positif et projets de réforme », art. préc., n° 3.

Pour l'heure, la jurisprudence française ne semble pas se diriger dans cette voie, ce qui conduit la doctrine à considérer, à juste titre, qu'en dépit du pouvoir d'appréciation indéniable que la notion d'impossibilité confère au juge, elle ne va pas jusqu'à lui permettre, comme dans les PDEC, de refuser l'exécution forcée en nature pour des raisons économiques ou pratiques (v. l'art. 9.102 (2) (b) et (d))<sup>306</sup>.

Les projets de réforme français, aussi diversifiés qu'ils soient sur la question des limites assignées à l'exécution forcée en nature, dissocient clairement eux aussi le cas d'impossibilité des autres limites relevant de considérations économiques. Ainsi l'avant-projet Terré dispose-t-il en son article 105 que « Le créancier peut, après mise en demeure du débiteur, exiger l'exécution forcée d'une obligation chaque fois qu'elle est *possible* et que son *coût n'est pas manifestement disproportionné* par rapport à l'intérêt que le créancier en retire »<sup>307</sup>. Il s'agit ici de deux limites distinctes, la seconde n'étant pas comprise dans la notion du « possible ».

**350.** Reste que le droit français, y compris les projets de réforme, dénotent une propension à s'en remettre à la jurisprudence pour déterminer les cas où l'exécution forcée en nature ne peut être obtenue par le créancier. Or c'est bien là l'exercice le plus délicat<sup>308</sup>. Ainsi par exemple, les auteurs de l'avant-projet Terré disent avoir préféré opter pour un critère plus objectif – le « possible » – plutôt que de réserver l'obligation à caractère « éminemment personnel » à l'instar de l'avant-projet Catala<sup>309</sup>, tout en signalant « qu'il restera à la jurisprudence de déterminer les cas d'impossibilité (...) »<sup>310</sup>.

On vient favoriser ainsi une démarche casuistique, au cas par cas, peu prévisible pour le créancier<sup>311</sup>.

---

<sup>306</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, op. cit., n° 287.

<sup>307</sup> Nous soulignons. V. dans le même sens l'art. 129 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE, dans sa version du 23 octobre 2013 : « Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est *impossible* ou si son *coût est manifestement déraisonnable* » (nous soulignons).

<sup>308</sup> Comp. L. LEVENEUR, H. LÉCUYER, « Exécution des obligations (art. 1152 à 1156-2) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 52 : « Le plus délicat est d'exprimer les limites du droit à l'exécution forcée (...) ».

<sup>309</sup> V. l'art. 1154 de l'avant-projet CATALA : « L'obligation de faire s'exécute si possible en nature. Son exécution peut être ordonnée sous astreinte ou un autre moyen de contrainte, sauf si la prestation attendue a un caractère éminemment personnel (...) ».

<sup>310</sup> P. RÉMY-CORLAY, « L'exécution en nature », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 264.

<sup>311</sup> On notera à ce titre que la jurisprudence actuelle ne vient pas *définir* les obligations à caractère personnel, constituant la principale limite au « droit » à l'exécution forcée en nature, ce qui permet aux juges de décider au cas par cas, en considération des seules circonstances de l'espèce.

Il nous semble ainsi que si le modèle français paraît améliorable, c'est en prévisibilité<sup>312</sup>.

## ***2. Le retour théoriquement possible bien qu'improbable du pouvoir discrétionnaire du juge***

**351.** A ce titre, il convient de souligner que la position du créancier est d'autant moins sûre qu'en l'état actuel du droit, c'est la jurisprudence qui a « progressivement mis entre parenthèses les termes de l'article 1142 C. civ. pour faire du droit à l'exécution forcée le principe »<sup>313</sup>.

Rien ne lui interdit, en théorie, d'inverser à nouveau le principe, du moins à se fonder sur l'article 1142 C. civ. pour reconnaître aux juges du fond le pouvoir d'apprécier le caractère adéquat de l'exécution forcée en nature.

C'est ce que prône d'ailleurs une doctrine minoritaire qui entend renouer en cela avec une jurisprudence plus ancienne<sup>314</sup>.

**352.** Une jurisprudence bien connue, dont l'arrêt du 20 décembre 1820 marquerait le coup de départ. Celui-ci avait énoncé que « les articles invoqués du Code civ. et particulièrement l'art. 1142, applicable à l'espèce du procès, sont conçus en termes facultatifs qui laissent au juge le pouvoir d'adopter le mode d'indemnité qui lui paraît le plus juste et le plus favorable à l'intérêt des parties » et jugé « que la disposition de l'arrêt attaqué qui convertit des travaux en nature en une somme d'argent, ayant eu pour motif et pour effet nécessaire de prévenir de nouveaux sujets de contestation entre des parties qui plaident depuis plus de sept ans, cette disposition est éminemment justifiée par sa sagesse et son but »<sup>315</sup>. On ne pouvait venir consacrer plus clairement le pouvoir discrétionnaire des juges du fond. On retrouve dans cette

---

<sup>312</sup> V. en ce sens également E. GARAUD, « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature. Droit positif et projets de réforme », art. préc., n° 4 (qui vise cependant le droit positif uniquement et non le droit prospectif). Rapp. Ph. SIMLER, J.-Cl. Civ., Art. 1136 à 1145, Fasc. 10, n° 139, qui critique le critère objectif du « possible » retenu par l'avant-projet TERRÉ, au motif que la formule « si elle [l'exécution forcée en nature] est possible » est peu « parlante » et qu'il pourrait être précisé que les obligations – toutes, en l'absence de classification, ou celles seulement de fournir une prestation personnelle, dans le cas contraire – s'exécutent en nature, à moins qu'il n'en résulte une atteinte à l'intégrité, à la liberté ou aux droits fondamentaux de la personne.

<sup>313</sup> J. MESTRE, « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », art. préc., p. 93.

<sup>314</sup> V. en particulier Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 48, p. 76 ; J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », art. préc., p. 15. *Adde* S. BERNHEIM-DESVAUX, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, JCP 2005, II, 10152, p. 2063.

<sup>315</sup> Req., 20 décembre 1820, S. 1819-1821, p. 349.

décision tous les éléments caractérisant ce pouvoir : un pouvoir de décision en opportunité (pouvoir facultatif) qui s'exerce au moyen d'une mise en balance des intérêts en question. La solution consacrée en 1820 fut réitérée par la suite<sup>316</sup>.

Un arrêt en date du 30 juin 1965 mérite d'être mentionné à ce titre. En l'espèce, l'acquéreur d'un appartement sur plans avait demandé en justice l'exécution en nature de l'obligation assumée par la société (de construction) de livrer l'appartement conforme aux plans. Sa demande avait été rejetée par la cour d'appel aux motifs « qu'il s'agissait d'une obligation de faire qui, étant donné la résistance du débiteur à l'exécution, se résolvait en dommages-intérêts » et « que cette exécution, en raison du caractère erroné des plans, n'était pas possible sans modification de la chose et du prix, éléments essentiels du contrat, et que la société ne pouvait y être contrainte ». L'acquéreur s'était pourvu en cassation. Dans la deuxième branche du premier moyen, il faisait valoir que l'exécution forcée en nature ne peut être exclue que lorsque l'exécution est rendue impossible par la force majeure et que l'arrêt attaqué n'avait pas fait état d'un obstacle insurmontable s'opposant à la construction de l'appartement. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en ces termes : « s'agissant ainsi d'une obligation de faire, le vendeur pouvait échapper à l'exécution forcée dans les termes des articles 1142 et suivants du Code civil, qui régissent ces obligations, et qu'à bon droit l'arrêt attaqué énonce que les tribunaux peuvent d'office substituer une réparation en argent à l'exécution en nature, seule demandée »<sup>317</sup>. L'arrêt est intéressant en ce qu'il a donné lieu à plusieurs interprétations, fort instructives pour le sujet qui nous concerne.

Si l'on prend en considération simplement les motifs avancés par la Cour de cassation, l'arrêt paraît bien reconnaître par principe aux juges du fond le pouvoir de choisir librement entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent. C'est ainsi

---

<sup>316</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 1956, Bull. I, n° 328 : « les juges du fond ne sont pas tenus de prescrire l'exécution en nature d'une obligation de faire ni, par suite, de prononcer l'astreinte tendant à obtenir cette exécution ; que leur appréciation est, à cet égard, souveraine » (cette décision est d'autant plus significative qu'elle fut rendue au lendemain du fameux arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 20 janvier 1953, censé marquer un tournant dans l'histoire de l'exécution forcée en nature, pour avoir limité l'application de l'article 1142 C. civ. au cas d'inexécution d'une « obligation personnelle de faire ou de ne pas faire ») ; Civ. 3<sup>e</sup>, 24 juin 1971, Bull. III, n° 411.

<sup>317</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 1965, Bull. I, n° 437.

que l'ont perçu plusieurs auteurs<sup>318</sup>. Il y aurait donc là tout bonnement la réaffirmation du pouvoir discrétionnaire des juges du fond.

Au regard en revanche de l'argumentation du pourvoi, qui alléguait que seule une exécution rendue impossible par la force majeure ne pouvait exclure l'exécution forcée en nature, on peut soutenir que l'arrêt était saisi de la question de la notion d'impossibilité. On a déjà dit combien celle-ci était difficilement saisissable. Les diverses réactions doctrinales suscitées par cette décision tendent à nouveau à le prouver : selon un manuel, l'arrêt illustrerait le cas d'impossibilité « personnelle », tiré de l'adage « *Nemo praecise cogi potest ad factum* » - « on ne conçoit pas, en effet, que l'on puisse contraindre physiquement (...) l'entrepreneur à construire ou à fabriquer »<sup>319</sup> -, selon un autre, on serait en présence ici d'un cas d'impossibilité « matérielle »<sup>320</sup>.

Cet arrêt démontre combien l'on peut passer imperceptiblement d'un simple pouvoir d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*) lié à la notion indéterminée d'impossibilité à un véritable pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*) en la matière. L'article 1142 C. civ. les légitime tous deux.

**353.** Si l'on veut éviter à tout prix que l'exécution forcée en nature ne dépende que de la volonté du juge, il n'y a pas d'autre moyen que de légiférer sur ce point.

On relèvera à ce titre que tous les projets de réforme ont pris le parti de renverser la règle actuelle de l'article 1142 C. civ. pour faire de l'exécution forcée en nature le principe<sup>321</sup>.

On relèvera dans le même temps qu'aucun ne présente l'exécution forcée en nature comme un « droit » appartenant au créancier, comme le font pourtant les projets de droit européen des contrats<sup>322</sup>.

L'énoncé objectif du principe de l'exécution forcée en nature n'est pas neutre si l'on en croit les réactions suscitées par la publication de l'avant-projet Catala. Rappelons que ce dernier écarte l'exécution en nature dès lors que la prestation

<sup>318</sup> V. en ce sens G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 19 ; Y.-M. LAITHIER, *th. préc.*, n° 61 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, JCP 2005, II, 10152, p. 2063 ; F. DE LA VAISSIÈRE, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008, AJDI 2009, p. 218.

<sup>319</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 1113.

<sup>320</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1130.

<sup>321</sup> V. les art. 1154, 1154-1 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 105 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 129 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013).

<sup>322</sup> V. l'art. 9.102 (1) PDEC ; l'art. III.-3.302 (1) PCCR.

attendue revêt un « caractère éminemment personnel » et toutes les fois que la coercition se révélerait « attentatoire à la liberté ou à la dignité du débiteur »<sup>323</sup>. Nombreux sont ceux qui ont félicité la Commission Catala de ne pas avoir succombé à la mode des droits subjectifs qui les aurait conduit à reconnaître l'existence d'un droit à l'exécution en nature du créancier<sup>324</sup>. Et ce au motif principalement que l'énoncé objectif du principe d'une exécution en nature de l'obligation contractuelle si elle est possible devrait autoriser le juge à préférer les dommages-intérêts s'ils apparaissent économiquement plus raisonnables, même si l'exécution en nature reste matériellement possible<sup>325</sup>. Autrement dit, l'énoncé objectif du principe de l'exécution forcée en nature permettrait au juge d'exercer son « pouvoir modérateur »<sup>326</sup>.

On voit ici combien la doctrine française est encore réticente à conférer au créancier la pleine maîtrise de la sanction. Visiblement, il ne suffit pas de supprimer l'article 1142 C. civ. pour couper court au pouvoir d'appréciation du juge.

C'est d'autant plus vrai que certains projets de réforme prévoient la possibilité, pour le juge, d'allouer au créancier victime de l'inexécution, une *réparation* en nature, laquelle est à son entière discrétion<sup>327</sup>, et très fréquemment confondue avec l'exécution (forcée) en nature.

## **B. LA DÉLIMITATION DÉLICATE DES CONCEPTS D'EXÉCUTION ET DE RÉPARATION EN NATURE**

**354.** Bien qu'elle ne soit pas mentionnée expressément dans le Code civil, la réparation en nature fait partie, en droit français, du panel des sanctions de

---

<sup>323</sup> V. l'art. 1154 de l'avant-projet.

<sup>324</sup> V. en particulier M. FAURE-ABBAD, « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », D. 2007, p. 167.

<sup>325</sup> M. FAURE-ABBAD, *ibid.*

<sup>326</sup> V. J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 113 : « Il est permis d'hésiter entre deux lectures de ces textes [Art. 1154 et s. de l'avant-projet CATALA]. Soit on y voit une consécration de la pratique jurisprudentielle actuelle qui, sauf obstacle particulier, est favorable à une exécution effective du contrat car c'est le meilleur service à rendre au créancier que de lui permettre d'obtenir la prestation qu'il désire. *Soit l'exécution forcée est érigée en véritable droit subjectif* au profit du créancier, de sorte que celui-ci peut *a priori* imposer la sanction qui lui convient, *le juge ne disposant pas de pouvoir modérateur* pour s'opposer à l'exercice de cette prérogative » (nous soulignons). L'auteur ne cache pas sa préférence pour la première lecture.

<sup>327</sup> V. l'art. 1368 de l'avant-projet CATALA : « La réparation peut, au choix du juge, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages-intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice ».

l'inexécution du contrat. C'est une mesure qui ressort du domaine du droit de la responsabilité. En cela, elle en épouse le régime : elle relève du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond.

Par suite, il faut composer avec deux principes en droit français : la compétence liée du juge en matière d'exécution en nature d'un côté, le pouvoir souverain d'appréciation du juge en matière de réparation (en nature) de l'autre. Or, si ces deux principes ont théoriquement leur domaine propre, ils font en réalité bien souvent figure de principes concurrents en raison d'un problème de délimitation<sup>328</sup>. Il est très difficile en effet de distinguer la réparation en nature de l'exécution en nature.

C'est peut-être ce qui explique l'absence du concept de réparation en nature en droit européen des contrats. Aucun des projets de droit européen des contrats n'y a recours, ces derniers ne prévoyant qu'une réparation en argent<sup>329</sup>. Quant au droit allemand, où la réparation en nature est érigée pourtant au rang de principe (v. le § 249 BGB), elle joue un rôle quasi-nul en matière contractuelle (2). Et n'a pas l'impact qu'elle a, en France, sur les pouvoirs du juge. Ce qui fait de la réparation en nature un trait distinctif du modèle contractuel français (1).

### ***1. L'importance pratique de la réparation en nature en droit français***

**355.** En droit français, il est admis qu'à côté de l'exécution forcée en nature, qui serait réservée à l'exécution de la prestation même promise (livraison du bien, service convenu...), existe la « réparation en nature » qui engloberait « tous les cas dans lesquels le juge impose au responsable, non pas le paiement d'une indemnité, mais un acte ou un comportement qui contribue à supprimer ou, au moins, à atténuer le dommage subi par la victime »<sup>330</sup>.

<sup>328</sup> M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc., n° 341.

<sup>329</sup> V. les art. 9.501 (1) et 9.502 PDEC : « Le créancier a droit à dommages et intérêts pour le préjudice que lui cause l'inexécution (...) », « Les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté (...) » (nous soulignons) ; l'art. 7.4.1 des Principes d'UNIDROIT : « L'inexécution d'une obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts soit à titre exclusif, soit en complément d'autres moyens (...) » ; les art. III.-3.701 et III.-3.702 PCCR ; les art. 159 et 160 DCEV. Sur l'absence de cette « sanction » en droit européen des contrats, v. A. FLESSNER, « Geldersatz und Naturalherstellung im europäischen Vertragshaftungsrecht », in *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 141 et s.

<sup>330</sup> V. en particulier G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 14-1.

On considère généralement que le critère de distinction entre les deux concepts réside dans l'objet de la prestation reçue par le créancier : « il y a exécution quand le créancier reçoit l'objet même de la prestation à laquelle il avait droit ; il y a, au contraire, réparation lorsqu'il ne reçoit qu'un équivalent »<sup>331</sup>.

La distinction a un enjeu pratique important étant donné que les deux catégories juridiques sont soumises à des régimes différents (a). En droit français, la catégorie de la réparation en nature joue un rôle d'autant plus important qu'elle accueille des mesures qui sont qualifiées ailleurs d'exécution en nature. C'est le cas des mesures de mise en conformité et de remise en état de la chose défectueuse, très fréquentes dans la pratique du droit de la vente (b).

#### *a) L'enjeu pratique de la distinction*

**356.** La distinction entre exécution et réparation en nature, loin d'avoir un intérêt seulement théorique, a des incidences pratiques importantes. Les deux mesures ne sont pas soumises au même régime. On est en effet en présence de deux logiques différentes : celle du contrat et celle de la responsabilité civile<sup>332</sup>.

Nous avons vu que l'exécution en nature est considérée comme l'effet le plus direct de la force obligatoire du contrat. Elle s'impose du seul fait de l'engagement. Elle peut donc être exigée sans qu'il y ait à établir un dommage quelconque<sup>333</sup>. Quant aux pouvoirs du juge, ils sont très réduits, celui-ci étant censé vérifier uniquement que l'obligation est due et susceptible d'exécution forcée.

En tant qu'effet de la responsabilité, la réparation en nature exige pour sa part la preuve des conditions de celle-ci, en particulier celle d'un préjudice en relation de causalité avec l'inexécution<sup>334</sup>. Quant au juge, celui-ci est beaucoup plus libre. La raison en est que « l'article 1134 n'a plus à intervenir et le Tribunal appréciant souverainement le mode de réparation le plus adéquat n'est pas obligé de faire droit à

---

<sup>331</sup> C'est le critère dégagé par M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. Toulouse I, préf. P. HÉBRAUD, Paris, LGDJ, 1974, p. 146, repris par la majorité des auteurs. V. notamment G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 26, p. 84 : « (...) prestation distincte de celle à laquelle il [débiteur] s'était engagé, dès lors que cette prestation de remplacement permet de compenser, au moins partiellement, la perte causée par l'inexécution » ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 2440 et s.

<sup>332</sup> P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005, p. 13.

<sup>333</sup> G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », art. préc., p. 199.



la demande du créancier »<sup>335</sup>. Si la logique du contrat est hors de cause ici, c'est parce que l'inexécution du contrat est considérée comme la source d'une obligation nouvelle, distincte de l'obligation contractuelle primitive, dont elle serait le remplacement<sup>336</sup>. « Il n'est [alors] plus question de faire respecter la volonté des parties contractantes, puisque l'obligation originaire s'est éteinte à la suite de la faute du débiteur : il s'agit, cette fois, de réparer le préjudice causé par cette faute »<sup>337</sup>. Ainsi, « La volonté, apparemment incontournable en matière d'exécution forcée, se désintègre dès lors que la réparation en nature est envisagée »<sup>338</sup>. La jurisprudence fait preuve très clairement de ce raisonnement comme en témoigne le fameux arrêt *Courage* du 28 février 1969 qui rappelle dans un premier temps que « l'obligation de réparer le dommage est distincte de l'obligation contractuelle dont la violation a causé le dommage », pour énoncer ensuite qu'« en dehors de l'hypothèse où l'exécution en nature, lorsqu'elle est possible, est offerte par le responsable ou demandée par la victime, les juges déterminent souverainement les mesures de nature à réparer le dommage »<sup>339</sup>. C'est dire que les juges du fond doivent opter en faveur de la forme de réparation qui leur paraîtra la mieux adaptée au regard des intérêts en conflit, ce qui suppose un choix d'opportunité s'appuyant sur une pesée des intérêts antagonistes en présence<sup>340</sup>.

---

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> ROUJOU DE BOUBÉE, th. préc., p. 161.

<sup>336</sup> V. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, t. 1<sup>er</sup>, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1965, n° 100 : « Or, quelle est l'obligation créée par le contrat ? Exécuter ce contrat. Ce n'est pas d'elle qu'il s'agit quand les principes de la responsabilité contractuelle entrent en jeu : l'une des parties refuse d'exécuter l'obligation mise à sa charge par le contrat ou l'exécute mal ; de ce fait, l'autre partie subit un dommage. Alors naît une obligation nouvelle qui se substituera à l'obligation préexistante (...) : l'obligation de réparer le préjudice causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat ».

<sup>337</sup> P. WÉRY, th. préc., n° 124.

<sup>338</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 60, p. 86.

<sup>339</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 28 février 1969, Bull. III, n° 182.

<sup>340</sup> *Lamy Droit de la Responsabilité*, n° 296-85. Dans un arrêt inédit du 10 janvier 2012, la Cour de cassation est venue réaffirmer, au visa de l'article 1147 C. civ., l'importance de cette liberté de choix du mode de réparation en condamnant une cour d'appel qui avait érigé la réparation par équivalent en principe et considéré que la réparation en nature ne pouvait être imposée au créancier (Com., 10 janvier 2012, n° 10-26837, RDC 2012, p. 782, note Y.-M. LAITHIER). En revanche, un autre arrêt inédit en date du 28 mai 2013 (Com., 28 mai 2013, n° 12-16861, RTD civ. 2013, note H. BARBIER) vient limiter visiblement cette liberté jusqu'ici affirmée des juges du fond. En l'espèce, un inventeur avait cédé ses droits d'exploitation de l'invention à une société. Il demanda ensuite la nullité du contrat de cession ; le cessionnaire demanda reconventionnellement le paiement de dommages-intérêts en réparation des conséquences dommageables subies en raison du refus du cédant de signer certains documents nécessaires au succès d'une demande de dépôt de brevet aux Etats-Unis. Les juges du fond, estimant que le contrat était valide, décidèrent de prononcer, plutôt que les dommages-intérêts demandés, une injonction au cédant de fournir les signatures qu'il n'avait pas spontanément apposées. L'arrêt est censuré pour avoir violé l'art. 4 CPC, c'est-à-dire pour avoir modifié les termes du litige. Comme l'a noté H. BARBIER, la haute juridiction suggère ainsi que la réparation en dommages-intérêts et la réparation en nature sont deux prétentions différentes et non interchangeables entre les mains du juge et limite ainsi l'appréciation souveraine des juges du fond en la matière.

**357.** Les auteurs sont nombreux à approuver un tel régime et à en vanter les mérites. Le principe de liberté de choix du juge entre réparation en nature et dommages-intérêts est défendu essentiellement au motif qu'il permet au juge de vérifier le caractère adéquat du mode de réparation choisi à la situation qui lui est soumise. Ici, les considérations économiques sont loin d'être absentes, comme en témoigne la remarque de Geneviève Viney : « Notamment, on ne voit pas pourquoi il [le juge] devrait privilégier systématiquement l'une de ces modalités [réparation en nature ou réparation en argent], si elle est d'un coût disproportionné par rapport à l'autre et que cette dernière se révèle de nature à compenser correctement les préjudices constatés (...) »<sup>341</sup>.

Voilà pour les principes. La difficulté étant désormais de faire rentrer les mesures pouvant être ordonnées par le juge dans l'une ou l'autre catégorie juridique. L'exercice s'avère souvent très délicat. On prendra ici l'exemple de la mise en conformité et de la remise en état de la chose, mesures fort fréquentes et importantes dans le domaine du droit de la vente en particulier.

***b) L'exemple de la mise en conformité et de la remise en état de la chose***

**358.** Aux yeux de la doctrine majoritaire française, la mise en conformité et la remise en état de la chose constituent les mesures typiques de la réparation en nature<sup>342</sup>. En tant que modalités de la réparation en nature, elles sont ainsi à l'entière discrétion du juge.

**359.** Leur qualification fait l'objet toutefois de vives controverses. Face à l'évolution qui se dessine au niveau européen, des auteurs toujours plus nombreux estiment, au contraire, que lorsque le débiteur est obligé à réparer le bien défectueux ou perfectionner sa prestation, c'est bien l'objet même de l'obligation du débiteur qui

---

<sup>341</sup> G. VINEY, « Le choix du juge entre réparation en nature et dommages et intérêts », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, préc., RDC 2013, p. 903 et s.

<sup>342</sup> V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 28-1 ; *Lamy Droit de la Responsabilité*, n° 296-67 et s. (« mesures tendant à effacer le dommage ») ; J.-Cl. Civ., Art. 1382 à 1386, Fasc. 201, n° 36.

tend à être exécutée : « L'exécution était défectueuse ; la remise en état du bien, ou son remplacement permettra une bonne exécution, conforme à ce qui était prévu au contrat »<sup>343</sup>.

Cette dernière remarque, tout comme le critère retenu pour délimiter la réparation en nature de l'exécution en nature, invitent à examiner ce que Pascal Ancel a dénommé le « contenu obligationnel du contrat » et ce que les juristes allemands dénomment « vertragliches Pflichtenprogramm » (« programme contractuel des obligations »), c'est-à-dire les obligations créées par le contrat. Ce faisant, on s'aperçoit que les hésitations du droit français pourraient tenir au dualisme des effets de la vente.

On sait qu'en vertu de l'article 1603 C. civ., le vendeur est tenu à deux obligations principales : celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend. De cette dualité d'obligations résultent deux corps de règles ouvrant des voies de droit à l'acheteur insatisfait : le droit commun de l'inexécution et les garanties du droit spécial de la vente, dont le régime diffère en de nombreux points.

Dans leur *Traité de droit civil*, Planiol et Ripert ont parfaitement décrit la spécificité du système français en le comparant au système du droit américain<sup>344</sup>. Comme l'exposent les auteurs, dans la conception du droit commercial américain, la garantie des vices n'est qu'une application de la délivrance : le vendeur n'a pas satisfait à son obligation de délivrance si la chose livrée renferme des vices qui la rendent impropre aux usages auxquels l'acheteur la destinait. Tel n'est pas le système du Code civil : ses rédacteurs ont estimé, pour des raisons historiques, que si la chose livrée ne répond pas à certaines conditions sur lesquelles l'acheteur est en droit de compter, le Code organise une action spéciale soumise à des règles particulières et produisant certains effets spéciaux. C'est l'action en garantie des vices cachés prévue par les articles 1641 à 1649 C. civ.

Ainsi que l'a relevé Ernst Rabel, le père du droit international de la vente, l'essence ou la nature de l'obligation de garantie (des vices) a toujours suscité un

---

<sup>343</sup> P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », art. préc., p. 17. V. en ce sens également E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, th. préc., n° 32 et s.

sentiment de gêne chez les juristes<sup>345</sup>. Ces derniers ont toujours eu du mal à situer l'obligation de garantie par rapport à l'obligation de délivrance qui apparaît elle, comme l'exemple-type de l'obligation contractuelle. Dans de nombreux systèmes juridiques, en France et en Allemagne notamment, la garantie s'est vue opposée aux obligations (proprement) contractuelles<sup>346</sup>, du moins a-t-elle été soumise à un régime particulier<sup>347</sup>.

Il en découle que la vente d'un bien défectueux n'est pas appréhendée simplement par appel à la notion de mauvaise exécution du contrat de vente : elle constitue un type de manquement spécifique par rapport aux trois types de manquement consacrés par la théorie générale des contrats – l'absence d'exécution, la mauvaise exécution et le retard dans l'exécution<sup>348</sup>. Par où l'on voit les limites de la notion unitaire d'inexécution du contrat.

Si le vendeur n'est donc pas tenu *contractuellement* de livrer à l'acheteur une chose dénuée de défaut ou vice, son éventuelle condamnation à remédier à celui-ci ne saurait être perçue comme l'exécution de ce qui était prévu au contrat, autrement dit comme une modalité de l'exécution en nature. La jurisprudence, qui autorise l'acheteur qui y trouve intérêt à solliciter la remise en état ou le remplacement de la chose défectueuse (viciée), en dépit du silence des textes qui ne prévoient que l'action estimatoire ou rédhibitoire (v. l'art. 1644 C. civ.), qualifie donc logiquement ces mesures de réparation en nature<sup>349</sup>.

<sup>344</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, 2<sup>e</sup> éd., par J. HAMEL, Paris, LGDJ, 1956, n° 125.

<sup>345</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. II, Berlin, Tübingen, Walter De Gruyter & Co., J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, p. 101 et 104 : « (...) gilt nachdenklichen Juristen das eigentliche "Wesen der Gewährleistungspflicht" als ein Problem ».

<sup>346</sup> E. RABEL, *op. cit.*, p. 105 : « So hat z. B. in der *deutschen* und *österreichischen* Literatur eine starke Richtung die Gewährleistung in einen grundsätzlichen Gegensatz zu den anderen Verkäuferpflichten gestellt. Die Pflicht zur Übergabe erscheint als ein Muster der normalen Vertragspflicht. (...) ».

<sup>347</sup> V. récemment encore Com., 19 mars 2013, n° 11-26566, JCP 2013, 705, note G. PILLET, RDC 2013, p. 967, note J. LE BOURG et Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ : « *le vice caché*, lequel se définit comme un défaut rendant la chose impropre à sa destination, *ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle mais à une garantie* dont les modalités sont fixées par les articles 1641 et suivants du Code civil » (nous soulignons). Sur cet « Etonnant particularisme de la garantie des vices cachés », v. J.-S. BORGHETTI, RDC 2013, p. 1360 et s. ; le même, RDC 2013, p. 101 et s.

<sup>348</sup> M. TENREIRO, « La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation », REDC 1996, p. 190 (extraits reproduits chez F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Aufl., Wien, New York, Springer, 2009, p. 924).

<sup>349</sup> V. Civ., 11 avril 1933, DH, 1933, p. 331 : « (...) le droit de demander, au cas de vices cachés de la chose vendue, soit la résolution de la vente, soit une réduction de prix, n'exclut pas, alors d'ailleurs que le vendeur a eu connaissance du vice au moment de la vente, la faculté pour l'acheteur d'en demander la réparation en conservant la chose, ou par voie d'équivalence, des dommages-intérêts ; que cette faculté résulte du principe même duquel s'est inspiré l'article 1645 du Code civil ». On notera que le registre de la réparation vient

**360.** Cependant, la jurisprudence ne fait pas toujours preuve d'une telle logique implacable, ni la doctrine d'ailleurs. En effet, lorsque le débiteur d'une obligation de délivrer ou de restituer un corps certain exécute mal sa prestation, la Cour de cassation évoque parfois le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond dans la fixation des modalités de réparation du préjudice pour légitimer sa condamnation à réaliser des travaux de mise en conformité ou réfection<sup>350</sup>. Or contrairement à la garantie des vices, l'obligation de délivrance fait bien partie du « contenu obligationnel » du contrat de vente. Elle s'entend de la remise d'une chose conforme à ce qui a été convenu au contrat<sup>351</sup>. Lorsque la chose a été livrée, mais n'est pas conforme à celle qui avait été promise, l'acheteur peut demander une exécution conforme, qui consistera dans l'échange (remplacement) ou la réparation de la chose non-conforme. Ici, ces deux mesures constituent indéniablement des modalités de l'exécution en nature. La mise en conformité ordonnée au vendeur n'est autre que l'exécution forcée en nature de l'obligation de délivrance<sup>352</sup>. La référence au pouvoir souverain des juges du fond est donc troublante même si, au final, le créancier obtient ce qu'il était en droit d'attendre du contrat. Si cette référence se fait plus rare ces derniers temps – on pense ici à tous ces arrêts qui ordonnent, sur le fondement de l'article 1184 ou 1134 C. civ., la démolition et la reconstruction d'un ouvrage pour des défauts de conformité mineurs – il règne une certaine confusion en la matière.

---

s'expliquer également par le fait que le vice, souvent qualifié de dommage, constitue le point de départ de l'action de l'acquéreur. Cela n'empêche pas certains auteurs de considérer qu'« il s'agit donc d'une forme d'*exécution forcée en nature* par transposition du droit commun au droit spécial de la garantie des vices cachés » : v. F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011, n° 288, note 1 (nous soulignons) ; J. HUET, *Contrats civils et commerciaux. Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés*, Paris, Litec, 1987, n° 454 et s. ; le même, *J.-Cl. Civ.*, Art. 1641 à 1649, Fasc. 50, n° 41 ; O. BARRET, *Rép. civ.*, v° Vente (3<sup>e</sup> effets), n° 633.

<sup>350</sup> V. par ex. *Civ. 3<sup>e</sup>*, 5 décembre 1979, *JCP* 1981, II, 19605, obs. F. STEINMETZ. En l'espèce, le vendeur d'un pavillon en l'état futur avait délivré une construction présentant une différence de niveau de 1,33 mètre par rapport aux prévisions du contrat. Le vendeur, condamné en appel à démolir et reconstruire la maison, soutenait que l'acquéreur n'avait pas d'intérêt pour agir faute d'avoir éprouvé un préjudice. La Cour de cassation rejeta le pourvoi au motif que la cour d'appel avait « souverainement ordonné les modalités de réparation, lesquelles, en dehors même de tout préjudice, sanctionnent l'inexécution des obligations conventionnelles ». L'arrêt illustre parfaitement le mélange des registres de l'exécution et de la réparation.

<sup>351</sup> *Req.*, 16 mai 1911, *DP* 1912, I, p. 271-272.

<sup>352</sup> V. en ce sens Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2014, n° 281 ; O. BARRET, *Rép. civ.*, v° Vente (3<sup>e</sup> effets), n° 336.

**361.** Cette confusion est d'ailleurs nourrie par une doctrine qui range indistinctement la mise en conformité et la remise en état d'une chose viciée dans la catégorie des modalités de la réparation en nature. Ce sont bien souvent des raisons pratiques et d'équité qui sous-tendent ce choix. Certains ne s'en cachent pas qui, tout en reconnaissant que « [la mise en conformité] peut être rattachée à l'art. 1184, al. 2, C. civ., qui permet de demander l'exécution forcée en nature (...) », avouent hésiter à imposer à l'entrepreneur une mise en conformité techniquement possible mais démesurément coûteuse, pour en conclure qu'« il semble préférable de voir dans la réfection de l'ouvrage une réparation en nature, ce qui laisse au juge un pouvoir d'appréciation sur l'opportunité de ce mode de réparation par rapport à l'allocation de dommages-intérêts »<sup>353</sup>. On voit ici combien le concept de réparation en nature sert, en définitive, à contourner la rigueur de la logique de l'exécution en nature.

La délimitation délicate des deux concepts permet à la jurisprudence et à la doctrine de jouer sur la qualification pour aboutir à des résultats jugés souhaitables.

Dans l'ensemble, ce système vient réduire considérablement le domaine de l'exécution en nature et tempérer l'image du créancier, maître du choix de la sanction en nature.

## ***2. Le rôle mineur de la réparation en nature dans la pratique du droit allemand***

**362.** Le droit allemand des obligations connaît lui aussi la distinction entre l'exécution en nature et la réparation en nature. Dans la pratique contractuelle toutefois, le concept joue un rôle mineur et n'a pas l'enjeu qu'il a en France concernant les pouvoirs du juge (a). Dans l'ensemble, le domaine de la réparation en nature est fortement limité, les mesures de mise en conformité et de remise en état de la chose faisant résolument partie du registre de l'exécution en nature, ce qui n'est pas exempt de difficultés (b).

---

<sup>353</sup> Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN, O. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009, n° 181.

***a) Un enjeu pratique moins important au regard des pouvoirs du juge***

**363.** La réparation en nature constitue, en droit allemand également, un concept distinct de l'exécution en nature. Elle est consacrée par le § 249 al. 1 BGB qui l'érige au rang de principe<sup>354</sup>. Poursuivant une finalité propre, la réparation en nature est soumise à un régime particulier.

Comme l'enseigne la doctrine, la réparation en nature vise à sanctionner une « faute » (*zurechenbares Unrecht*) tandis que l'exécution en nature vise à la réalisation d'une obligation découlant du contrat, indépendamment de toute « faute »<sup>355</sup>. Conformément au principe de responsabilité pour faute établi par le § 280 al. 1<sup>er</sup> BGB, la réparation en nature exige donc une « faute » (*Vertretenmüssen*) de la part du débiteur<sup>356</sup>.

Si la réparation en nature dépend donc de conditions plus strictes que l'exécution en nature, à l'instar du droit français, elle n'est pas laissée à l'entière discrétion du juge. Le législateur allemand a veillé à réglementer le plus précisément possible les cas où une réparation en argent peut être exigée (principe subsidiaire). Il en ressort tout un dispositif d'exceptions apportées au principe de la réparation en nature<sup>357</sup>. L'objectif des rédacteurs du BGB était précisément de contenir la marge de liberté du juge en la matière. Comme l'ont noté ces derniers, conférer au juge le pouvoir de déterminer librement le mode de réparation, comme c'est le cas en droit suisse des obligations, contreviendrait à l'idée que se fait le projet de la place du juge. En lui conférant un pouvoir discrétionnaire, le législateur se déchargerait de sa mission sur le juge. Il en résulterait une grande insécurité juridique. Selon les rédacteurs, la loi ne saurait se départir de sa tâche d'énoncer au moins les idées directrices et de caractériser les éléments d'appréciation déterminants pour la solution

---

<sup>354</sup> Le § 249 al. 1 BGB pose le principe de la réparation en nature en ces termes : « Celui qui est tenu à la réparation d'un dommage doit rétablir l'état des choses qui aurait existé si le fait d'où résulte l'obligation de réparer n'était pas survenu ». La disposition a une vocation générale : elle s'applique aussi bien à la matière délictuelle que contractuelle.

<sup>355</sup> V. Th. ACKERMANN, « Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers », JZ 2002, p. 380 ; H. UNBERATH, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, op. cit., v° Naturalrestitution.

<sup>356</sup> Conformément au § 280 al. 1 BGB, cette faute est présumée.

<sup>357</sup> V. les § 249 al. 2 et s. BGB.

au litige<sup>358</sup>. C'est dire que le principal enjeu de la distinction qui existe en droit français, à savoir l'étendue du pouvoir du juge, n'existe pas en droit allemand. La réparation en nature est de droit pour le créancier. Encore que l'affirmation mérite d'être relativisée : en effet, le § 251 al. 2 BGB autorise le débiteur à dédommager le créancier en argent plutôt qu'en nature dès lors que « le rétablissement en nature [ne serait] possible qu'au prix de dépenses hors de proportion ». Cette disposition confère indéniablement un certain pouvoir d'appréciation au juge mais elle trouve un pendant en matière d'exécution en nature (v. le § 275 al. 2 BGB).

**364.** En pratique, le concept de réparation en nature n'a pas manqué de poser un problème de délimitation avec le droit à l'exécution en nature.

La raison en est que la réparation en nature est censée présenter une certaine équivalence avec l'objet de la prestation prévu originairement au contrat<sup>359</sup>.

Ces risques de confusion ont donné naissance, dès les premières années de l'entrée en vigueur du BGB, à l'axiome selon lequel la réparation pour inexécution du contrat serait en règle générale une réparation en argent<sup>360</sup>. On reconnaît toutefois qu'il ne s'agit nullement d'un principe dogmatique bien établi mais bien plus du reflet statistique de la réalité<sup>361</sup>. La doctrine majoritaire estime en tout cas qu'il serait incohérent d'admettre une réparation en nature alors que le droit à l'exécution serait

---

<sup>358</sup> V. *PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. I, Berlin, Guttentag, 1897, p. 297 : « *Die Entscheidung der Frage, ob der Schaden durch Geld oder durch Herstellung des ursprünglichen Zustandes zu ersetzen sei, dem billigen Ermessen des Gerichts zu überlassen, wie dies nach dem Vorgange des Art. 51 des schweiz. Obligationenrechts die Anträge 4 und 5 wollen, stehe in Widerspruch mit der Stellung, welche nach der Auffassung des Entw. dem Richter zukomme. Der Gesetzgeber lade damit seine Aufgabe auf den Richter ab. Dadurch würde bei dem großen Einflusse, den die subjektiven Anschauungen der einzelnen Richter gewännen, eine bedenkliche Unsicherheit des Rechtes entstehen. Das Gesetz dürfe sich der Aufgabe nicht entschlagen, wenigstens die leitenden Gedanken auszusprechen und die Gesichtspunkte zu bezeichnen, welche für die Entscheidung maßgebend sein sollen, wie es der Antrag 1 thue* » (nous soulignons).

<sup>359</sup> V. A. FLESSNER, « Geldersatz und Naturalherstellung im europäischen Vertragshaftungsrecht », art. préc., p. 149 : « Mit der Naturalherstellung soll der Schuldner den Gläubiger in eine Lage versetzen, die derjenigen, welche bei ordentlicher und vollständiger Erfüllung bestanden hätte, möglichst gleichartig und gleichwertig ist ». En droit français, on parle à ce titre d'« équivalence qualitative » : v. M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, th. préc., p. 269 et s.

<sup>360</sup> H. PIEPER, « Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung », JuS 1962, p. 410 : « ESSER hat mit Recht bemerkt, es sei nirgends bestimmt, daß der Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerade in Geld bestehen muß. Das trotzdem entstandene Axiom, dies sei gleichwohl regelmäßig der einzige Weg, geht bereits in die ersten Jahre der Geltung des BGB zurück ».

<sup>361</sup> H. PIEPER, art. préc., p. 412 ; A. FLESSNER, « Geldersatz und Naturalherstellung im europäischen Vertragshaftungsrecht », art. préc., p. 142. V. par ex. RG 2. Zivilsenat, 13.10.1905, II 57/05, RGZ 61, p. 348 : « Bei dem Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 S. 2 kann indessen von Anwendung des § 249 Satz 1 nicht die Rede sein ; dieser Schadensersatzanspruch ist stets Anspruch auf Entschädigung in Geld. Denn nach der ausdrücklichen Vorschrift jener Gesetzesbestimmung ist der ursprüngliche Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ; die Vorschrift des § 249 Satz 1 würde aber dahin führen, jenen Erfüllungsanspruch wieder herzustellen » ; BGH 7. Zivilsenat, 15.6.1978, VII ZR 15/78, NJW 1978, p. 1853 (à propos du contrat d'entreprise) : « Der Anspruch gegen den Architekten auf Schadensersatz gemäß BGB § 635 ist grundsätzlich auf Geld gerichtet ».



exclu : on ne saurait obtenir un état équivalent à l'exécution en nature au moyen de la réparation en nature<sup>362</sup>. En raison de cette position, la réparation en nature n'a pas la même importance pratique en droit allemand et ne conduit pas aux confusions qui ont cours en droit positif français.

Le droit allemand présente cette situation paradoxale de marquer le plus nettement son attachement au principe de la réparation en nature tout en faisant de celui-ci l'exception en pratique.

Le concept de réparation en nature joue un rôle d'autant plus réduit que les mesures de mise en conformité ou de remise en état de la chose défectueuse sont qualifiées de modalités de l'exécution en nature.

#### ***b) Un domaine limité : l'exemple de l'« exécution corrective »***

**365.** Tout comme le droit français, le droit allemand n'a pas échappé non plus à la difficulté de distinguer avec quelque rigueur le domaine de la garantie des vices de celui de la responsabilité contractuelle de droit commun.

Avant la réforme du droit des obligations, et conformément à l'édit des édiles curules, le défaut de la chose (*Mangel*) ouvrait à l'acheteur le choix entre l'action estimatoire (*Minderung*) et l'action rédhibitoire (*Wandelung*)<sup>363</sup>. Le BGB fut l'un des premiers codes à prévoir, en outre, la faculté pour l'acheteur d'une chose de genre, de réclamer la livraison d'une chose exempte de vices (*Nachlieferungsanspruch*)<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> Certaines études attribuent la paternité de ce raisonnement à STAUB, qui l'aurait formulé au début du XX<sup>e</sup> siècle : « Der Inhalt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung dürfe nicht mit dem Erfüllungsanspruch identisch sein und zum Wiederaufleben des Erfüllungsanspruchs führen » (cité d'après G. LABENSKI, *Nachbesserung beim Kauf im Rahmen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB*, Diss. Marburg, Mauersberger, 1985, p. 113). V. également H. WIEDEMANN, in *Soergel BGB*, Bd. 2, 12. Aufl., Stuttgart, W. Kohlhammer, 1990, Vor § 275, n° 29 et § 325, n° 40 : « Der Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist in § 325 stets auf Geldersatz, nicht auf Naturalrestitution gerichtet. (...) Im Abwicklungsstadium kann der Gläubiger nicht über die Naturalherstellung wieder zum Vertragsvollzug zurückkehren, weil sonst die Regeln über die Leistungsgefahr mißachtet würden und der Schuldner sich außerdem auf die geänderte Rechtslage einstellen können muß » ; H. UNBERATH, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, op. cit., v° Naturalrestitution. Pour un point de vue plus différencié, v. H. LANGE, G. SCHIEMANN, *Handbuch des Schuldrechts* (dir. J. GERNHUBER), *Schadensersatz*, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, § 5 III 1, p. 220 et s.

<sup>363</sup> V. l'ancien § 462 BGB. Notons que ce n'est que dans des cas limités qu'il pouvait obtenir des dommages-intérêts : d'une part, dans l'hypothèse où la chose ne possédait pas les qualités promises par le vendeur, d'autre part dans le cas où ce dernier connaissait les vices et les avait dissimulés (*dolus*) (v. les anciens § 463, 480 al. 2 BGB).

<sup>364</sup> V. l'ancien § 480 al. 1<sup>er</sup> BGB : « Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung ». Le BGB a suivi en cela le Droit commun

Les rédacteurs du BGB avaient souhaité que l'acheteur bénéficie à la fois de la garantie des vices et du droit à l'exécution<sup>365</sup>. Il ressort très clairement des travaux préparatoires du BGB que la livraison d'une chose exempte de vice était conçue comme un droit à l'exécution du contrat<sup>366</sup>. Ainsi, dès l'origine, la doctrine dominante (la jurisprudence incluse) a qualifié la livraison d'une chose exempte de vice de *droit à l'exécution en nature* originaire partiellement modifié (*modifizierter ursprünglicher Erfüllungsanspruch*)<sup>367</sup>.

**366.** La réforme opérée en 2002 n'a fait que renforcer cette analyse. Sur le modèle des règles du droit international de la vente et de la directive européenne sur la vente<sup>368</sup>, le législateur allemand a abandonné l'ancien dualisme de la garantie de la vente et du droit commun de l'inexécution du contrat, perçu communément comme un pur produit du hasard historique<sup>369</sup>. Le droit allemand de la vente a ainsi été refondu autour du droit commun des troubles dans l'exécution<sup>370</sup>. Comme l'avait prôné Ernst Rabel dans son fameux traité de droit comparé sur la vente de marchandises, la garantie de la vente est devenue partie intégrante du droit des

---

des Etats prussiens (« Allgemeines Landesrecht für die Preußischen Staaten ») de 1794 et le Code de commerce général pour toute l'Allemagne (« Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch ») de 1861 : v. F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, op. cit., p. 866.

<sup>365</sup> V. H. HONSELL, in *Staudinger BGB*, 12. Aufl., Berlin, Schweitzer, 1978, § 480, n° 1 (« Sachmängelansprüche » und « Erfüllungsanspruch »). Adde R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Pichon, 1901, n° 231 (« cumul de l'action édilicienne et de l'action en délivrance d'un autre objet »).

<sup>366</sup> V. Motive, in B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 134 : « Mit Geltendmachung des Rechtes auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache fordert der Gläubiger die Erfüllung des Vertrages ».

<sup>367</sup> Modifié en ce sens que le droit à l'exécution consistant désormais dans le remplacement de la chose était alors soumis aux dispositions relatives à la garantie des vices (v. l'ancien § 480 al. 1, 2<sup>e</sup> phrase), en particulier à la courte prescription de l'ancien § 477 al. 1 BGB (délai de six mois à partir de la livraison pour les choses mobilières). V. H. HONSELL, in *Staudinger BGB*, 12. Aufl., Berlin, Schweitzer, 1978, § 480, n° 1 et 6 (avec des références jurisprudentielles) ; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, BT*, Bd. II/1, 13. Aufl., München, Beck, 1986, § 41 III, p. 78.

<sup>368</sup> Directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

<sup>369</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. II, op. cit., p. 101 ; F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, op. cit., p. 855 et 911 ; Th. ZERRES, *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts*, Habil., München, Sellier. European Law Publishers, 2007, p. 14 : « Die Unterscheidung zwischen Erfüllung und Gewährleistung war ein historisches Zufallsprodukt, das sich aus den verschiedenen Gerichtszuständigkeiten der Prätores und der Ädilen ergab » ; M. TENREIRO, « La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation », art. préc., p. 190 ; R. SALEILLES, *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, op. cit., n° 212.

<sup>370</sup> C. WITZ, « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », D. 2002, p. 3159.

contrats<sup>371</sup>. La livraison d'une chose défectueuse est traitée aujourd'hui comme un cas de « violation d'obligation » (*Pflichtverletzung*)<sup>372</sup>. Les auteurs de la réforme ont considéré qu'il n'y avait pas lieu de traiter différemment le cas de la livraison d'une chose non-conforme au contrat (*aliud*) et celui de la livraison d'une chose défectueuse (*pejus*) : dans l'un et l'autre cas, le vendeur n'a pas correctement exécuté le contrat. Par voie de conséquence, ils devraient donner droit aux mêmes remèdes (« prétentions »).

L'une des principales innovations de la réforme a consisté à conférer à l'acheteur le droit de demander une « exécution corrective » (*Nacherfüllung*) en cas de défaut de la chose (v. les § 437 n° 1 et 439 BGB<sup>373</sup>). Comme le révèle déjà la tournure, la réparation du bien défectueux ou son remplacement pouvant être exigés à ce titre sont perçus comme des modalités de l'exécution en nature.

Sur le plan dogmatique, cela se justifie pleinement. Depuis la réforme du droit des obligations, la délivrance d'une chose exempte de défaut (vice) matériel fait partie du « contenu obligationnel » du contrat de vente<sup>374</sup>. Le droit à l'« exécution corrective » est ainsi présenté comme la conséquence logique de l'obligation contractuelle mise à la charge du vendeur de fournir à l'acquéreur un bien exempt de défaut<sup>375</sup>. Dans la continuité du droit antérieur, l'« exécution corrective » est

---

<sup>371</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. II, *op. cit.*, p. 132 : « In einem rationellen System ist die Gewährleistung ein Stück Vertragsrecht, das ausdrückliche gesetzliche Fürsorge nur in einem bescheidenen Maße benötigt ».

<sup>372</sup> F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, *op. cit.*, p. 926.

<sup>373</sup> § 437 n° 1 BGB : « Si la chose est défectueuse, l'acheteur peut, si les conditions des dispositions suivantes sont réunies et sauf disposition contraire : exiger l'exécution corrective selon le § 439 ».

§ 439 al. 1 BGB : « Au titre de l'exécution corrective, l'acheteur peut exiger au choix l'élimination du défaut ou la livraison d'une chose exempte de défauts ».

On notera que ce n'est pas tant la CVIM qui a servi ici de modèle au § 439 BGB que les anciennes dispositions du droit allemand relatives au contrat d'entreprise (v. l'ancien § 633 BGB).

<sup>374</sup> V. le § 433 al. 1 BGB : « Par le contrat de vente, le vendeur d'une chose est tenu d'en effectuer la délivrance à l'acheteur et de lui en procurer la propriété. *Le vendeur doit procurer à l'acheteur une chose exempte de défauts matériels et de défauts juridiques* » (nous soulignons). Rappelons que sous l'ancien droit allemand de la vente, le vendeur n'était tenu *contractuellement* que de procurer à l'acheteur une chose exempte de défauts *juridiques* (v. l'ancien § 434 BGB). Comme l'avait souligné R. SALEILLES, cette disposition marquait l'abandon du principe romain et l'admission de la théorie moderne : « quiconque promet d'aliéner s'engage à procurer le droit qu'il a promis ; d'où cette conséquence que, s'il n'y a pas transfert et acquisition du droit lui-même, il y a inexécution du contrat : et l'acquéreur, qui n'a rien acquis, en principe, devrait avoir les droits qui appartiennent à tout créancier contre un débiteur qui n'a pas rempli ses obligations. La garantie [pour cause d'éviction] n'est autre chose que l'une des faces de l'obligation même de quiconque s'engage à aliéner » (*Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Pichon, 1901, n° 202).

<sup>375</sup> P. HUBER, « Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht », NJW 2002, p. 1005 : « Die Kehrseite dieser Verkäuferpflicht ist ein entsprechender Erfüllungsanspruch des Käufers » ; S. LORENZ, « Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers : Zur Reichweite des "Rechts zur zweiten Andienung" », NJW 2006, p. 1175 ; F. SKAMEL, *Nacherfüllung beim Sachkauf. Zum Inhalt von Nachbesserung*

qualifiée de forme modifiée du droit à l'exécution en nature originaire (*modifizierte Form des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs*)<sup>376</sup>.

**367.** Le contentieux allemand de l'« exécution corrective » démontre toutefois les limites de la dogmatique juridique et du raisonnement en termes d'exécution en nature. On évoquera ici à titre exemplaire la problématique suscitée par le remplacement (*Ersatzlieferung*) de la chose défectueuse en cas de vente portant sur un corps certain (*Stückschuld*), qui est l'une des plus controversées depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations<sup>377</sup>.

Logiquement, dans la mesure où le droit à l'« exécution corrective » constitue le prolongement du droit à l'exécution en nature originaire, il est censé conférer à l'acheteur l'objet même de la prestation qui était prévue au contrat, ni plus ni moins<sup>378</sup>. Or obliger le vendeur au remplacement du bien lorsque la vente a porté sur un corps certain revient à l'obliger à fournir une prestation qui n'était pas prévue au contrat. C'est ce qui conduit une doctrine minoritaire à considérer que le remplacement du bien défectueux ne saurait être ordonné dans ce cas<sup>379</sup>. Selon ces auteurs, la solution s'imposerait non seulement sur le plan dogmatique mais elle serait également la seule conforme à la logique contractuelle : l'inverse reviendrait

*und Ersatzlieferung sowie deren Abgrenzung vom Schadensersatz*, Diss. Leipzig, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 2 (« konsequente Fortsetzung ») ; OLG Braunschweig (Beschluss), 4.2.2003, NJW 2003, p. 1053 : « Die Einführung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 I 2 BGB) und das daran anknüpfende Nacherfüllungsrecht (§ 439 I BGB) (...) ».

<sup>376</sup> P. HUBER, « Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht », NJW 2002, p. 1005 ; C.-W. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, C.H. Beck, 2002, p. XXV ; K. RICHTER, in K. TONNER, A. WILLINGMANN, M. TAMM (dir.), *Vertragsrecht Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2010, § 439, n° 2 (avec d'autres références) ; BGH 8. Zivilsenat, 15.7.2008, VIII ZR 211/07, NJW 2008, p. 2838 ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, op. cit., n° 759 (« besondere Variante des Erfüllungsanspruchs »).

<sup>377</sup> D. REINICKE, K. TIEDTKE, *Kaufrecht*, 8. Aufl., Köln, München, Carl Heymanns Verlag, 2009, n° 420.

<sup>378</sup> Très net sur ce point : BGH 8. Zivilsenat, 15.7.2008 (« Parkettstäbefall »), NJW 2008, p. 2837 : « Bei den Nacherfüllungsansprüchen aus § 439 I BGB handelt es sich um Modifikationen des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs aus § 433 I BGB (BT-Dr 14/6040, S. 221), die allerdings nur so weit gehen, wie dies durch die Mangelhaftigkeit der Kaufsache bedingt ist. (...) Denn mit der Nacherfüllung soll nach der gesetzgeberischen Konzeption lediglich eine nachträgliche Erfüllung der Verkäuferpflichten aus § 433 I BGB durchgesetzt werden ; der Käufer soll mit der Nacherfüllung das erhalten, was er vertraglich zu beanspruchen hat (BT-Dr 14/6040, S. 221 ; BGHZ 162, 219 [227] = NJW 2005, 1348) ».

<sup>379</sup> Techniquement, les uns justifient l'exclusion du remplacement en cas de vente de corps certain par le fait que celui-ci serait impossible au sens du § 275 al. 1<sup>er</sup> BGB (v. P. HUBER, « Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht », NJW 2002, p. 1006 ; S. LORENZ, Th. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, op. cit., n° 505), les autres n'effectuent même pas le détour par la figure juridique de l'impossibilité d'exécution (« Unmöglichkeit ») et considèrent que dès l'origine, il n'existe aucune obligation de ce genre à la charge du vendeur qui serait susceptible de devenir impossible (v. Th. ACKERMANN, « Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers », JZ 2002, p. 379).

selon eux à porter une atteinte intolérable au principe de l'autonomie de la volonté des parties<sup>380</sup>.

Ce n'est pourtant pas la solution que retiennent la doctrine majoritaire et la jurisprudence. Ces dernières s'appuient essentiellement sur les termes de la loi<sup>381</sup> et la volonté du législateur<sup>382</sup> pour considérer que par principe, un remplacement est possible même lorsque la vente porte sur un corps certain, à condition que dans l'esprit des parties, ce n'est pas une chose individualisée mais un bien d'un certain type qui a été acquis et que le bien défectueux peut être échangé par un bien de la même espèce (*gleichartig*) et de même valeur (*gleichwertig*)<sup>383</sup>.

Les partisans de cette thèse, en avant desquels le professeur Claus-Wilhelm Canaris, qui a fortement influencé le contenu de la réforme du droit des obligations dans sa dernière phase, reconnaissent toutefois que la solution n'est pas exempte d'ambiguïtés sur le plan logique et dogmatique<sup>384</sup>. Il est intéressant de voir comment l'auteur verse alors dans le registre de la réparation (en nature) pour justifier le résultat. Tout en affirmant que le droit à l'« exécution corrective » (*Nacherfüllungsanspruch*) constitue le prolongement logique du droit à l'exécution en nature originaire, il n'hésite pas à qualifier ce dernier de « droit secondaire » (*Sekundäranspruch*), le mettant alors sur le même plan que la résolution du contrat ou les dommages-intérêts<sup>385</sup>. Le passage du droit primaire (droit à l'exécution en nature originaire) aux droits secondaires de la garantie de la vente (parmi lesquels il compte le droit à l'« exécution corrective ») légitimerait selon lui la modification apportée

---

<sup>380</sup> V. en particulier H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 252 et s. On notera que les pères du BGB avaient fait preuve du même raisonnement en excluant un droit à la livraison d'une chose exempte de vice en cas de vente d'un corps certain : v. Motive, in B. MUGDAN, *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899, p. 125.

<sup>381</sup> OLG Braunschweig (Beschluss), 4.2.2003, NJW 2003, p. 1053 : « Die Einführung der Pflicht zur mangelfreien Lieferung (§ 433 I 2 BGB) und das daran anknüpfende Nacherfüllungsrecht (§ 439 I BGB) beruhen gerade auf dem Gedanken, dass der Verkäufer das Leistungsinteresse des Käufers durch Lieferung einer (nicht : der) mangelfreien Sache zu erfüllen hat » (les juges relèvent que d'après le § 439 I BGB, « le vendeur est tenu de satisfaire l'intérêt qu'a l'acheteur à l'exécution au moyen de la livraison d'une (et non : la) chose exempte de défaut »).

<sup>382</sup> Il ressort nettement des travaux préparatoires que les auteurs de la réforme souhaitaient dépasser la distinction entre les ventes de choses de genre (« Gattungskauf ») et les ventes de corps certains (« Stückkauf ») : v. BT-Drucksache 14/6040, p. 209 et 230 : [§ 439 Abs. 1] (...) macht die Unterscheidung zwischen Stückkauf und Gattungskauf verzichtbar ».

<sup>383</sup> V. LG Ellwangen, 13.12.2002, NJW 2003, p. 517 : « Das Gericht ist der Ansicht, dass auch im Falle des Stückkaufs die Nacherfüllung durch Ersatzlieferung grundsätzlich möglich ist, sofern es sich um Sachen handelt, die einer vertretbaren Sache wirtschaftlich entsprechen und das Leistungsinteresse des Käufers zufrieden stellen » ; OLG Braunschweig (Beschluss), 4.2.2003, NJW 2003, p. 1053 ; BGH 8. Zivilsenat, 7.6.2006, VIII ZR 209/05, NJW 2006, p. 2839.

<sup>384</sup> C.-W. CANARIS, *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, C.H. Beck, 2002, p. XXIV ; le même, « Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf », JZ 2003, p. 835 (« dogmatische Denkschwierigkeit »).

au contenu de l'obligation : il y voit là sa justification dogmatique<sup>386</sup>. A ce titre, il ne manque pas d'observer que l'obligation secondaire peut très bien consister en une prestation en nature, par exemple sous la forme de la livraison d'une chose équivalente, faisant référence au principe de réparation en nature consacré par le § 249 BGB. On voit ici combien les juristes allemands jouent eux aussi sur la qualification de certaines mesures pour légitimer des résultats jugés opportuns<sup>387</sup>.

On peut se demander si les incohérences dénoncées ne sont pas le prix à payer pour la simplification de l'institution juridique qu'est la garantie de la vente due à son ordonnancement dans le droit du contrat<sup>388</sup>.

On notera à ce titre que les projets de droit européen des contrats confèrent respectivement au débiteur un droit de corriger une exécution non-conforme et au créancier le droit de demander sans frais la correction d'une exécution non-conforme<sup>389</sup>. Le droit à l'exécution corrective est clairement appréhendé comme une modalité de l'exécution en nature<sup>390</sup>. Toutefois, la question de savoir si le remplacement est envisageable lorsque la vente a porté sur un corps certain n'est pas problématisée. Ce constat dénote une tendance de la part des instruments européens à dépasser la dichotomie traditionnelle entre le droit commun du contrat et le droit des

<sup>385</sup> V. également Ch. BERGER, in *Jauernig BGB*, 15. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 439, n° 10.

<sup>386</sup> C.-W. CANARIS, « Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf », art. préc., p. 836 : « Mit der Anerkennung eines Anspruchs auf Lieferung einer mangelfreien anderen Sache beim Stückkauf wird somit auf der Sekundärebene des Gewährleistungsrechts der "Modellwechsel" folgerichtig zu Ende geführt, den der Gesetzgeber auf der Primärebene des Erfüllungsrechts durch die Einführung eines Anspruchs auf die Mangelfreiheit der Sache beim Stückkauf vorgenommen hat. Dabei bildet der Übergang von der Primär- zur Sekundärebene zugleich eine hinreichende dogmatische Erklärung für die Änderung des Inhalts der Leistungspflicht ; (...) ». Cette analyse a fait l'objet de critiques acerbes, surtout l'idée que le juge puisse se prendre des libertés au niveau des droits « secondaires » : v. Th. ACKERMANN, « Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831 », JZ 2003, p. 1156.

<sup>387</sup> L'auteur estime à ce titre que le rôle de la dogmatique juridique est de systématiser les diverses règles juridiques mais non d'influencer, voire diriger leur interprétation, de sorte que lorsqu'une interprétation donnée aboutit à un résultat « inadéquat » sur un plan dogmatique, ce n'est pas l'interprétation du texte qu'il faut changer mais la dogmatique elle-même : C.-W. CANARIS, « Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf », art. préc., p. 835.

<sup>388</sup> Dans son fameux ouvrage, E. RABEL observe en effet que la tendance consiste à faire entrer la garantie dans le droit du contrat au prix d'une simplification de cette institution juridique : v. *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. II, op. cit., p. 101.

<sup>389</sup> Citons ici à titre exemplaire les art. 8.104 et 9.102 PDEC.

<sup>390</sup> Selon l'art. 9.102 (1) PDEC, « Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse ». V. également l'art. III.-3.302 (2) PCCR : « L'exécution en nature comprend la correction sans frais d'une exécution non conforme aux termes de l'obligation » ; l'art. 110 (2) DCEV : « L'exécution susceptible d'être exigée comprend la correction, sans frais, d'une exécution non-conforme au contrat ».

contrats spéciaux<sup>391</sup> et vient témoigner de l'approche pragmatique plus que dogmatique adoptée par ces travaux d'uniformisation du droit<sup>392</sup>.

Reste que le droit allemand et les projets de droit européen des contrats n'instrumentalisent pas le concept de réparation en nature pour établir des limites au droit à l'exécution (forcée) en nature, comme c'est le cas parfois en droit français. Au contraire, ils viennent poser clairement des limites au principe même du droit à l'exécution forcée en nature.

## SECTION II - LE POUVOIR D'APPRÉCIATION ÉTENDU DU JUGE ALLEMAND

**368.** En même temps qu'ils élèvent l'exécution forcée en nature au rang de véritable droit pour le créancier, le droit allemand et les PDEC lui assignent un certain nombre de limites.

Les PDEC et le droit allemand, tel qu'il résulte de la réforme du droit des obligations, sont construits sur le même modèle « du principe et des exceptions » : en principe, le créancier est en droit d'exiger l'exécution forcée en nature mais ce droit est exclu dans certains cas limitativement énumérés.

Ces exceptions ouvrent au juge un certain pouvoir d'appréciation. Il convient d'en déterminer l'étendue exacte. Certaines études laissent à penser que les limites posées en droit allemand des obligations confèrent au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité de la sanction<sup>393</sup>.

Les PDEC présentent ici un intérêt certain en ce qu'ils viennent faciliter l'analyse des pouvoirs du juge allemand sur ce point. En effet, la Commission Lando énonce très clairement que les exceptions apportées au principe de l'exécution en nature ne confèrent nullement un pouvoir discrétionnaire au juge (§ 1). Il ne peut donc en aller autrement en droit allemand où les exceptions sont moins nombreuses que dans les PDEC (§ 2).

---

<sup>391</sup> U. P. GRUBER, « Das drohende Ende der Stückschuld », JZ 2005, p. 712.

<sup>392</sup> Au niveau supranational, les mesures de remise en état et de mise en conformité de la chose sont qualifiées plus simplement de « remèdes orientés vers l'exécution du contrat » : v. V. MAK, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oxford, Hart, 2009.

## **§ 1. L'ENSEIGNEMENT DES PDEC : DES EXCEPTIONS MAIS PAS DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE**

**369.** L'exécution forcée en nature étant un « droit » pour le créancier, le juge n'est pas libre de décider ou non d'ordonner l'exécution<sup>394</sup>. Comme l'observent les rédacteurs, « il est tenu de déférer à la demande, sauf les exceptions prévues (...) »<sup>395</sup>.

L'alinéa 2 de l'article 9.102 PDEC pose quatre exceptions à l'exécution (forcée) en nature des obligations autres que de somme d'argent<sup>396</sup>. Celle-ci ne peut être obtenue lorsque :

- (a) l'exécution serait impossible ou illicite,
- (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables,
- (c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles,
- (d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen.

Comme l'ont noté la plupart des observateurs français, cet alinéa 2 consacre des hypothèses déjà largement connues du droit français<sup>397</sup>. Il en va ainsi des points (a) et (c) qui recourent les cas d'impossibilité matérielle et juridique (a) ou morale (c) du droit français.

Aucun juriste français n'irait prétendre que ces exceptions confèrent un pouvoir discrétionnaire au juge au sens d'une liberté de choix de la sanction. Comme nous l'avons vu précédemment, ces limites sont, à quelques exceptions près, strictement entendues par la jurisprudence française.

<sup>393</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé, op. cit.*, n° 146 (qui reconnaît toutefois que le contrôle d'opportunité est lui-même susceptible de degrés).

<sup>394</sup> *Principes du droit européen du contrat, version française, op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 9.102, p. 359.

<sup>395</sup> *Ibid.*

<sup>396</sup> On notera qu'à côté de ces exceptions « substantielles », les PDEC prévoient une limite d'ordre « procédural » à l'art. 9.102 al. 3 qui dispose que « Le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature s'il manque à la demander dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution ».



En formulant expressément ces exceptions au principe de l'exécution en nature, la Commission Lando apporte plutôt une meilleure lisibilité du droit.

**370.** Les PDEC se démarquent cependant du droit positif français sur les deux points restants (b) et (d).

Pour ce qui est du premier, c'est-à-dire de la limite tirée du coût disproportionné de l'exécution en nature, nous avons déjà dit combien sa raison d'être était susceptible de plusieurs interprétations. On peut y voir l'expression du juste (principe de la bonne foi, théorie de l'abus de droit) ou de l'utile (impératif d'efficacité économique)<sup>398</sup>.

En tout état de cause, ce sont des considérations économiques qui sous-tendent cette exception. C'est ce qui explique sans doute que l'avant-projet Catala, qui se veut une œuvre de continuité et non de rupture, ne l'ait pas retenue. Quant aux projets français qui l'ont adoptée<sup>399</sup>, ils ont été critiqués précisément au motif que cette limite, au tracé incertain (« seul le juge pourra dire ce qui est manifestement déraisonnable »), porterait une grave atteinte à la force obligatoire du contrat<sup>400</sup>. On craint ici l'interventionnisme du juge dans le contrat.

Et pourtant, comme il a été noté<sup>401</sup>, cette limite à l'exécution forcée en nature est préconisée de longue date par quelques auteurs français qui proposent de fonder le contrôle judiciaire de la disproportion soit sur le pouvoir qu'aurait le juge d'apprécier

<sup>397</sup> V. en particulier *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, op. cit., p. 681 et s. ; A.-M. DE MATOS, in C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 476 et s.

<sup>398</sup> V. pour cette seconde interprétation : M. W. HESSELINK, « The Principles of European Contract Law : Some Choices Made By The Lando Commission », in *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 142 et s. : « A court order for specific performance is inefficient when the cost of performance to the debtor is higher than the benefit of the performance to the creditor. In such a case breach plus compensation would be the most efficient solution. Although the PECL do not explicitly say so, in practice they may come very close to allowing efficient breach in most cases (...) ».

<sup>399</sup> C'est le cas de l'avant-projet TERRÉ (v. l'art. 105) et de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (v. l'art. 129 de la version du 23 octobre 2013).

<sup>400</sup> L. LEVENEUR, « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrat : à améliorer », *Contrats, conc. consom.* n° 11, novembre 2008, repère 10 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Réforme du droit des obligations : la force obligatoire du contrat en danger », *Dalloz Actalité*, Interview, 20 janvier 2014 : « L'autre point extrêmement important est la possibilité pour le juge de refuser l'exécution forcée quand le coût de l'exécution est manifestement déraisonnable. (...) C'est novateur et symbolique d'une évolution profonde du droit français et, à nouveau, de la soumission de la force obligatoire du contrat à une modération judiciaire ».

<sup>401</sup> V. Y.-M. LAITHIER, « L'exécution des obligations contractuelles », art. préc., p. 156.

l'opportunité de la sanction<sup>402</sup>, soit plus précisément sur l'abus de droit ou le devoir de bonne foi<sup>403</sup>.

Or comme l'a parfaitement observé M. Genicon, il y a un saut qualitatif important entre donner au juge le simple pouvoir de contrôler l'exercice d'un droit véritable et lui donner le pouvoir d'apprécier souverainement si l'exécution forcée en nature est opportune. Car dans un cas, la décision est d'abord dans la main du créancier alors que dans l'autre, elle est d'abord dans la main du juge<sup>404</sup>.

Les PDEC peuvent donner lieu à hésitation. Certes, l'exécution forcée en nature est présentée comme un droit pour le créancier, ce qui conduit à considérer que le juge n'est en aucun cas doté du pouvoir d'accorder ou de refuser librement la mesure selon des considérations de pure opportunité. En même temps, et selon l'aveu même des rédacteurs, les exceptions posées par les PDEC se veulent un « compromis entre les droits romanistes et la *Common law* »<sup>405</sup>, laquelle confère au juge le pouvoir d'apprécier le caractère adéquat du remède.

Le dernier point, celui qui fait échec au droit du créancier à l'exécution en nature lorsqu'il peut raisonnablement obtenir celle-ci par un autre moyen, porte très clairement la marque de la *common law*<sup>406</sup>. Si bien que l'on pourrait être tenté d'en conclure que le juge se trouve doté, au final, du pouvoir d'apprécier le caractère adéquat de la sanction.

Dans ses commentaires, la Commission Lando s'efforce toutefois de dissiper un tel malentendu. Elle souligne que « l'alinéa (2) (d) n'exige pas la condition du caractère adéquat des dommages et intérêts en ce sens que l'exécution en nature ne

<sup>402</sup> A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1998, n° 63 (cité d'après Y.-M. LAITHIER, *ibid.*).

<sup>403</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 20-1 ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », art. préc., p. 183.

<sup>404</sup> Th. GENICON, *th. préc.*, n° 366, note 148.

<sup>405</sup> *Principes du droit européen du contrat, version française*, *op. cit.*, commentaire II sous l'art. 9.102, p. 359 et note 3 sous le même article, p. 365.

<sup>406</sup> On notera que sur ce point précisément, le PCCR s'écarte des PDEC. En effet, il reprend exactement le même catalogue des exceptions que les PDEC, sauf celle-ci (v. l'art. III.-3.302 (3) PCCR). C'est ce qui a fait dire à certains que contrairement aux PDEC, le PCCR aurait privilégié la position du droit continental et fait de l'exécution en nature le principe et non l'exception (v. S. LEIBLE, « Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung », in R. SCHULZE, Ch. VON BAR, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 100). En effet, l'exécution forcée en nature est possible même lorsque la prestation promise n'est pas « unique » et que le créancier pourrait l'obtenir ailleurs sur le marché. Le PCCR apporte toutefois un tempérament au niveau des dommages-intérêts. Selon l'art. III.-3.302 (5) PCCR : « Le créancier ne peut obtenir des dommages et intérêts en réparation de son préjudice ou le paiement d'une somme d'argent stipulée pour inexécution, dans la mesure où il a augmenté le préjudice ou le montant du paiement en insistant de façon déraisonnable pour obtenir l'exécution en nature dans des circonstances dans lesquelles il aurait pu effectuer une opération de remplacement raisonnable

pourrait être admise qu'au cas où ces dommages et intérêts seraient un remède inadéquat. Cette règle est en effet destinée à encourager le créancier à choisir, parmi les moyens lui donnant pleine satisfaction, celui qui peut être obtenu le plus simplement. (...) Si le créancier choisit d'exiger l'exécution, on présumera en général que c'est ce remède qui le satisfait au mieux. Par conséquent, c'est au débiteur de prouver que le créancier peut obtenir l'exécution par d'autres moyens sans subir de préjudice et que l'on peut donc raisonnablement attendre de lui qu'il recoure à une opération de remplacement »<sup>407</sup>. Il s'agit donc bien (uniquement) de contrôler l'exercice de son droit par le créancier.

**371.** En somme donc, si les exceptions posées par les PDEC confèrent indéniablement un pouvoir d'appréciation au juge – ce que les juristes allemands qualifient de *Beurteilungsspielraum* – elles ne vont pas jusqu'à le doter d'un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire du pouvoir de faire droit ou non à la demande du créancier selon des considérations de pure opportunité. C'est ce que viennent souligner utilement les auteurs des PDEC<sup>408</sup>. D'ailleurs, l'inverse aurait signifié la négation même d'un *droit* du créancier à l'exécution forcée en nature.

Par conséquent, le juge devra motiver son refus d'ordonner l'exécution forcée en nature en se fondant sur l'une des exceptions prévues par l'article 9.102 (2) PDEC.

Bien entendu, les juges nationaux interpréteront les limites de façon plus ou moins restrictive selon leur tradition juridique respective. Les juges allemands seront enclins à les interpréter de façon stricte conformément à la logique qui a cours en droit allemand des obligations.

---

sans efforts ni frais significatifs ». Comme l'observe l'auteur préc., il s'agit ici d'un cas spécial de l'obligation de minimiser son dommage.

<sup>407</sup> *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 9.102, p. 361.

<sup>408</sup> *Ibid.*, p. 359. Notons que les rédacteurs du PCCR en font de même : v. Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, *op. cit.*, *Comments D* sous l'art. III.-3.302, p. 830.

## **§ 2. UN POUVOIR JUDICIAIRE D'APPRÉCIATION CERTAIN MAIS PLUS LIMITÉ ENCORE EN DROIT ALLEMAND**

**372.** Comme nous l'avons vu plus haut, en droit allemand, le créancier est doté d'un véritable droit (*Anspruch*) à l'exécution forcée en nature en vertu du rapport d'obligation. Ce droit, appelé « prétention », est particulièrement contraignant en ce sens qu'il confère le droit d'obtenir du tribunal qu'il adjuge l'objet de la prétention. C'est dire que le juge est lié par la demande du créancier. Comme l'a parfaitement vu et formulé Geneviève Viney, le système allemand refuse en principe au juge, lorsque l'exécution en nature est demandée, le pouvoir de lui substituer des dommages-intérêts, sauf dans certains cas définis par la loi ou la jurisprudence<sup>409</sup>.

**373.** Pour ce qui est des limites légales, nous avons dit qu'elles étaient principalement l'œuvre du droit des procédures civiles d'exécution. Ce n'est qu'au stade de l'exécution du jugement de condamnation en nature qu'elles ont vocation à jouer.

Lors de la réforme du droit des obligations, le législateur est venu poser des limites à l'exécution forcée en nature dans le BGB cette fois, qui opèrent donc au niveau du droit substantiel, privant ainsi le créancier du droit d'exiger l'exécution de la prestation inexécutée, autrement dit la condamnation de son débiteur à exécuter en nature.

On pourrait penser *a priori* que ces « nouvelles » limites viennent tempérer le principe de la « compétence liée » du juge allemand en la matière. Une idée qui est suggérée d'ailleurs par les juristes allemands eux-mêmes au niveau européen qui font observer qu'en droit allemand, le droit à l'exécution forcée en nature n'est pas laissé à la discrétion du juge mais qui relèvent dans le même temps que les exceptions larges consacrées par le droit allemand des obligations sous forme de clauses générales confèrent au juge un pouvoir qui, dans la pratique, est très souvent proche d'un pouvoir discrétionnaire<sup>410</sup>.

---

<sup>409</sup> G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 18.

<sup>410</sup> V. Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, *op. cit.*, Note 10 sous l'art. III.-3.302, p. 836 : « In

Ce discours tranche avec celui qui est tenu au niveau interne. Ici, la doctrine n'a de cesse de souligner le caractère exceptionnel des limites apportées au droit à l'exécution en nature. Du reste, elle se défend de toute assimilation avec les PDEC, perçus bien souvent comme une régression par rapport au droit allemand<sup>411</sup>.

Ces dissonances invitent à regarder de plus près le catalogue des exceptions au droit à l'exécution en nature établi par le législateur allemand.

Disons-le d'emblée : bien que le juge soit autorisé à écarter l'exécution en nature dans des hypothèses où le juge français ne l'est pas, il exerce toujours une compétence liée en la matière. Les exceptions apportées à l'exécution forcée en nature lui confèrent tout au plus une « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*). Il est important de noter que le législateur de 2002 s'est contenté de codifier des limites déjà admises auparavant par la jurisprudence sur le fondement du § 242 BGB (principe de la bonne foi). Il s'agit pour ainsi dire d'une codification à droit constant, censée améliorer la lisibilité du droit allemand. Comparées à celles des PDEC, les limites retenues sont moins nombreuses et plus restrictives.

Les restrictions au droit à l'exécution (forcée) en nature sont posées au § 275 BGB intitulé « Exclusion de l'obligation à la prestation ». On remarquera que la loi ne fait plus apparaître le terme d' « impossibilité » (*Unmöglichkeit*) dans l'intitulé du paragraphe (contrairement aux anciens § 265, 275, 279, 280, 281, 282 BGB) : il a disparu afin de mettre en avant la notion unitaire de violation d'obligation (*Pflichtverletzung*)<sup>412</sup>.

Au cas de « véritable » impossibilité de l'alinéa 1<sup>er</sup> (A) s'ajoutent désormais les cas de refus légitimes de la prestation par le débiteur des alinéas 2 et 3 (B).

---

GERMAN law the right to performance and its enforcement do not depend upon the judge's discretion ; (...) But the far reaching exceptions in general clauses, in particular in defences for reason of impracticability (see GERMAN CC § 275 (2) and (3)), give the judge a power which in practical terms frequently comes close to discretion ».

<sup>411</sup> V. parmi d'autres D. MEDICUS, « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung », in J. BASEDOW (dir.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 190 : « Zwar gibt es historische Gründe für eine solche Regelung, die an die *condemnatio pecuniaria* des römischen Rechts erinnert. Aber für das deutsche Recht dürften solche Relikte einen Rückschritt bedeuten ».

<sup>412</sup> Le législateur de 2002 a voulu mettre un terme à la place centrale qu'occupait le cas d'impossibilité dans l'ancien droit allemand des troubles dans l'exécution (*Leistungsstörungsrecht*).

### **A. L'EXCLUSION DE PLEIN DROIT DE L'OBLIGATION À LA PRESTATION D'APRÈS LE § 275 al. 1 BGB**

**374.** Le § 275 al. 1<sup>er</sup> BGB énonce que « Le droit à la prestation est exclu, dans la mesure où celle-ci est impossible pour le débiteur ou pour toute autre personne ». C'est la consécration de l'adage romain : « à l'impossible, nul n'est tenu ». Cet alinéa correspond aux catégories françaises d'impossibilité « matérielle » et « juridique ». Ainsi, par exemple, l'impossibilité peut tenir au fait que la chose individualisée à fournir ou, dans le cas d'une chose de genre, la totalité du genre convenu, ont disparu<sup>413</sup>. Il y a impossibilité également lorsque l'obligation promise n'est pas réalisable, comme le fait de s'obliger à employer des dons magiques en vue de porter des conseils à autrui<sup>414</sup>. De même, des dispositions juridiques, comme une interdiction d'exporter, rendent l'exécution impossible. Dans l'ensemble, il s'agit de cas plutôt rares. On notera que cette disposition a regagné toutefois en importance avec la refondation du droit de la vente autour du droit commun de l'inexécution et la consécration du droit de l'acheteur à l'« exécution corrective ». En effet, dès lors que le vendeur ne peut ni réparer le bien, ni le remplacer (*unbehebbarer Mangel*), l'on se trouve face à un cas d'impossibilité au sens du § 275 al. 1<sup>er</sup> BGB. Ce paragraphe s'applique indépendamment du point de savoir si l'impossibilité est imputable au débiteur ou non. Ici, la libération du débiteur se fait *ipso iure*.

A côté des cas d'obstacles à l'exécution insurmontables, où le débiteur est libéré d'office de sa prestation (§ 275 al. 1<sup>er</sup> BGB), la loi reconnaît désormais expressément des hypothèses dans lesquelles le débiteur peut refuser d'exécuter alors même que la prestation reste possible mais où celle-ci exigerait des dépenses ou des efforts disproportionnés. Deux cas sont visés : l'« impossibilité de fait » (*faktische Unmöglichkeit*<sup>415</sup>) du § 275 al. 2 BGB et l'« impossibilité personnelle » (*persönliche*

---

<sup>413</sup> M. FROMONT, A. RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, t. III, Paris, éd. Cujas, 1991, p. 89.

<sup>414</sup> V. BGH 3. Zivilsenat, 13.1.2011, III ZR 87/10, BGHZ 188, p. 71, pt. 10 (tirage de cartes pour lire l'avenir) : « Eine Leistung ist objektiv unmöglich und kann deshalb nicht verlangt oder erzwungen werden (§ 275 I BGB), wenn sie nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand der Erkenntnis von Wissenschaft und Technik schlechthin nicht erbracht werden kann. So liegt es beim Versprechen des Einsatzes übernatürlicher, "magischer" oder parapsychologischer Kräfte und Fähigkeiten. (...) Und das Versprechen einer Leistung durch Gebrauch übernatürlicher, magischer Kräfte und Fähigkeiten fällt auch auf das Kartenlegen im Sinne einer Wahrsagepraktik, aus Spielkarten Auskunft über verborgene oder zukünftige Dinge sowie Ratschläge zu erhalten ».

<sup>415</sup> Parfois dénommée également « impossibilité pratique » (« praktische Unmöglichkeit »).

*Unmöglichkeit*) du § 275 al. 3 BGB. Dans les deux cas, il incombe au débiteur lui-même de soulever l'exception (*Einrede*).

### **B. LE DROIT DU DÉBITEUR DE REFUSER L'EXÉCUTION D'APRÈS LE § 275 al. 2 et 3 BGB**

**375.** Dans la mesure où le cas d'impossibilité dite personnelle prévu par le § 275 al. 3 BGB se rapproche de ce qu'il est convenu d'appeler l'impossibilité « morale » en droit français, qui est donc plus familier au juriste français, on commencera par celui-ci.

Selon le § 275 al. 3 BGB, « Le débiteur peut (...) refuser la prestation lorsqu'il doit la fournir personnellement et qu'elle ne peut être exigée de lui après comparaison de l'obstacle qui s'oppose à sa réalisation et de l'intérêt qu'elle présente pour le créancier ». Tous les auteurs ont recours aux mêmes exemples : il s'agit de la chanteuse qui refuse de donner un concert ou un cours de piano parce que son enfant est gravement malade ou du professeur de piano qui doit se rendre en Turquie pour y faire son service militaire et qui serait passible de la peine de mort s'il ne s'y rendait pas<sup>416</sup>. Avant la réforme, ces cas étaient couverts par le principe de la bonne foi du § 242 BGB. Par ailleurs, ils sont pris en considération également dans le droit des procédures civiles au § 888 al. 3 ZPO. La comparaison qui est effectuée ici entre les intérêts respectifs du créancier et du débiteur est un peu moins sévère que celle qui a lieu sur le fondement du § 275 al. 2 BGB<sup>417</sup>.

Selon le § 275 al. 2 BGB, « Le débiteur peut refuser la prestation, dans la mesure où celle-ci requiert des dépenses qui, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi, sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt que présente cette prestation pour le créancier. Lors de la détermination des efforts que l'on peut exiger du débiteur, il y a lieu de prendre en considération le point de savoir s'il est responsable de l'obstacle à la prestation ». Le législateur s'est contenté de codifier ici une solution admise depuis fort longtemps

---

<sup>416</sup> V. BT-Drucks. 14/6040, p. 130 ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht, op. cit.*, n° 818.

<sup>417</sup> F. FAUST, V. WIESE, « Specific Performance – A German Perspective », art. préc., p. 59.

par la jurisprudence<sup>418</sup>. Le cas d'école est celui de la bague qui tombe dans la mer avant d'avoir été délivrée et dont la récupération est perçue comme trop coûteuse et déraisonnable<sup>419</sup>.

**376.** Cette disposition invite à opérer une pondération des intérêts en présence : il s'agit de comparer les efforts ou dépenses que doit fournir le débiteur pour exécuter sa prestation à l'intérêt du créancier à la prestation. Cet intérêt est lui aussi généralement quantifiable en argent : il s'agit essentiellement des dépenses que le créancier aurait à supporter s'il devait recourir à une opération de remplacement, de la perte éventuelle de bénéfices ou d'autres dommages consécutifs<sup>420</sup>. C'est uniquement lorsque les dépenses du débiteur excèdent démesurément l'intérêt du créancier à la prestation qu'il peut se prévaloir du § 275 al. 2 BGB. La loi exige une « grave disproportion » (*grobes Missverhältnis*). C'est dire que la disposition n'a vocation à s'appliquer que dans les cas où personne ne songerait raisonnablement à imposer l'exécution de la prestation en cause (*offensichtliche Extremfälle*)<sup>421</sup>. Pour minimiser encore davantage les risques d'insécurité juridique liées à la notion indéterminée de « grave disproportion », laissée à l'appréciation du juge, certains auteurs ont proposé des « seuils » (*Grenzwerte*) exprimés en pourcentage. On pourrait considérer par exemple qu'en l'absence de toute faute de la part du débiteur, celui-ci devrait être exonéré si ses efforts excèdent de 10% l'intérêt du créancier à la prestation, etc<sup>422</sup>. La jurisprudence ne s'est toutefois pas laissée enfermée dans une telle logique, préférant procéder à une appréciation au cas par cas en considération de toutes les données de l'espèce<sup>423</sup>. Elle reconnaît toutefois que de tels « seuils » constituent des points de repère utiles, favorisant la sécurité juridique.

Cette exigence d'une « grave disproportion » entre les dépenses devant être effectuées par le débiteur et l'intérêt du créancier à la prestation permet de distinguer les cas couverts par le § 275 al. 2 BGB de ceux couverts par le § 313 BGB relatif aux « troubles du fondement de l'acte juridique » (« imprévision »), appelés également

---

<sup>418</sup> V. par ex. BGH 8. Zivilsenat, 8.6.1983, VIII ZR 77/82, NJW 1983, p. 2873, pt. 23 : « “Unmöglich” ist nicht nur eine denkgesetzlich unausführbare oder infolge rechtlicher Hindernisse auf keine Weise zu erbringende Leistung, sondern auch eine solche, deren Erfüllung erhebliche praktische Schwierigkeiten entgegenstehen, so daß jeder vernünftige Mensch von einem Erfüllungsversuch Abstand nehmen würde ».

<sup>419</sup> D. MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13. Auflage, München, C.H. Beck, 2002, n° 369.

<sup>420</sup> S. LORENZ, Th. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, C.H. Beck, 2002, n° 305.

<sup>421</sup> S. LORENZ, Th. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, op. cit.*, n° 310.

<sup>422</sup> En faveur de tels seuils, v. F. FAUST, V. WIESE, « Specific Performance – A German Perspective », art. préc., p. 57.



cas d' « impossibilité économique ». Ces derniers exigent uniquement que l'exécution soit trop lourde pour le débiteur, sans égard à l'intérêt du créancier à l'exécution<sup>424</sup>. Ainsi, une « impossibilité économique » pourrait être constituée si la montée du prix du marché venait augmenter le coût de l'exécution ainsi que l'intérêt du créancier à l'exécution dans le même temps, sans que la proportion entre les deux quantités ne soit modifiée<sup>425</sup>. Par contraste, le § 275 al. 2 BGB concerne principalement les empêchements qui ne viennent qu'augmenter le coût de l'exécution : une bague ne gagne pas en valeur pour la simple raison qu'elle doit être extraite de la mer<sup>426</sup>.

**377.** Dans l'exposé des motifs, le législateur allemand a insisté sur le fait que si le § 275 al. 2 BGB pouvait être appréhendé comme l'équivalent fonctionnel de l'article 9.102 (2) (b) PDEC, il n'en constituait pas moins un contre-exemple : en effet, contrairement à la disposition allemande, l'équivalent européen ne fait allusion ni au principe de proportionnalité, ni au principal point de référence qu'est l'intérêt du créancier, et encore moins au degré que doit revêtir la disproportion<sup>427</sup>. Les deux dispositions traitent bien de la même problématique, comme en témoigne l'exemple donné par la Commission Lando à titre d'illustration : un yacht qui sombre par deux cents mètres de fond et dont les frais de renflouement s'élèveraient à quarante fois sa valeur<sup>428</sup>. Si l'exemple rejoint bien la logique restrictive allemande, la règle posée par la Commission Lando est plus large que la règle allemande, qui vise à assurer, dans la mesure du possible, un maximum de sécurité juridique.

Dans l'esprit du législateur allemand, le § 275 al. 2 BGB représente clairement la concrétisation de l'interdiction de l'abus de droit<sup>429</sup>. En aucun cas, il ne vient consacrer la théorie de la « violation efficace du contrat » (*efficient breach*)<sup>430</sup>. En effet, pour que la disposition trouve application et que le débiteur soit exonéré de sa

<sup>423</sup> V. BGH 5. Zivilsenat, 4.4.2014, V ZR 275/12, BGHZ 200, p. 350, pt. 41 (avec d'autres références).

<sup>424</sup> V. BT-Drucks. 14/6040, p. 130.

<sup>425</sup> F. FAUST, V. WIESE, « Specific Performance – A German Perspective », art. préc., p. 55.

<sup>426</sup> *Ibid.*

<sup>427</sup> BT-Drucks. 14/6040, p. 129.

<sup>428</sup> *Principes du droit européen du contrat, version française, op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 9.102, p. 360.

<sup>429</sup> C.-W. CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », JZ 2001, p. 505 ; S. LORENZ, Th. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, op. cit.*, n° 310.

<sup>430</sup> V. la belle démonstration de F. FAUST, V. WIESE, « Specific Performance – A German Perspective », art. préc., p. 58 et s., que nous reprenons ici. Comp. H. RÖSLER, « Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law », ERPL 4-2007, p. 494 : « The prevention of extreme cases of waste of resources being the macroeconomic goal of 275 (2) BGB, the criterion of reasonability is examined in a cost-utility-analysis ».

prestation, il ne suffit pas que l'exécution soit « inefficace » (*inefficient*) en ce sens que le coût de l'exécution viendrait excéder l'avantage reçu par le créancier. Au contraire, le coût de l'exécution doit être « gravement disproportionné » par rapport à l'avantage retiré par le créancier. Qui plus est, les « coûts d'opportunité » (*opportunity costs*) ne font pas partie des « dépenses » prises en compte du côté du débiteur. Ainsi, jamais une « grave disproportion » ne saurait résulter du fait que le débiteur pourrait réaliser un meilleur profit en utilisant ailleurs ses ressources requises pour l'exécution. Preuve en est d'ailleurs qu'une telle « violation efficace » commise par le débiteur se voit « sanctionnée » par le § 285 al. 1<sup>er</sup> BGB, qui vient compléter en cela la règle posée au § 275 al. 2 BGB. Cette disposition oblige en effet le débiteur, qui se serait mis lui-même dans l'« impossibilité » d'exécuter, en retirant un profit de la violation du contrat, à le restituer au créancier<sup>431</sup>. Un exemple permettra d'en prendre toute la mesure : admettons que V vende un tableau à A. Avant de le lui délivrer, T propose à V de lui acheter le tableau pour une somme beaucoup plus importante, ce qu'accepte ce dernier. Si T n'est disposé à rendre le tableau qu'au prix d'une somme tellement élevée que V est en droit d'invoquer le § 275 al. 2 BGB pour refuser d'exécuter son obligation envers A, le § 285 al. 1 BGB lui ordonne alors de restituer à A le prix de vente obtenu de T. On voit ici combien le droit allemand empêche le débiteur de tirer profit de la violation du contrat.

**378.** Pour terminer cet aperçu sur les limites apportées en droit allemand au droit à l'exécution en nature, on notera que le débiteur peut invoquer le § 275 al. 2 BGB également lorsque le créancier exige de sa part une « exécution corrective » (*Nacherfüllung*). En ce cas, le législateur est même venu faciliter sa défense en édictant une disposition spéciale à cet effet.

Il s'agit du § 439 al. 3 BGB qui dispose que « Sans préjudice du § 275, al. 2 et 3, le vendeur peut refuser le mode d'exécution corrective choisi par l'acheteur s'il n'est possible que moyennant des coûts disproportionnés. A cet égard, doivent être prises en considération notamment la valeur de la chose dénuée de défaut, l'importance du défaut et la question de savoir s'il est possible d'avoir recours à

---

<sup>431</sup> Le § 285 al. 1 BGB dispose : « Lorsque, à la suite de l'évènement qui le dispense de fournir la prestation selon le § 275, al. 1 à 3, le débiteur obtient pour l'objet dû une indemnité ou un droit à indemnité, le créancier peut demander soit la restitution de cette indemnité soit la cession de ce droit ». V. par ex. BGH 12. Zivilsenat, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, p. 312 (cas d'une location d'un local à deux personnes différentes : droit du locataire évincé à demander au bailleur la restitution du loyer perçu de l'autre locataire).

l'autre mode d'exécution sans inconvénient majeur pour l'acheteur. Dans cette hypothèse, la prétention de l'acheteur se limite à l'autre mode d'exécution ; le droit du vendeur de refuser également celui-ci sous les conditions de la phrase 1 n'est pas affecté ».

Ici, il suffit que le coût du mode d'exécution demandé soit (« simplement » et non gravement) disproportionné. En dehors du domaine des contrats de vente conclus entre un professionnel et un consommateur<sup>432</sup>, le droit allemand admet deux types de « disproportion » pouvant exonérer le vendeur : la « disproportion relative » (*relative Unverhältnismäßigkeit*) et la « disproportion absolue » (*absolute Unverhältnismäßigkeit*). Le vendeur peut donc refuser le mode d'exécution corrective exigé par l'acheteur (par exemple : le remplacement du bien) non seulement lorsqu'il lui impose des coûts disproportionnés par rapport à l'autre mode (dans ce cas : la réparation) mais également lorsque son coût, même s'il constitue le seul remède en nature possible, est intrinsèquement disproportionné. Pour illustrer cette dernière hypothèse, Hein Kötz se sert d'un exemple qui n'est pas sans rappeler notre fameux arrêt français du 17 janvier 1984 (condamnation de l'entrepreneur à démolir et à reconstruire la piscine ne comportant que trois marches au lieu des quatre prévues au contrat)<sup>433</sup>. On notera que le contrat d'entreprise donne lieu au même principe de solution que le contrat de vente puisque le § 635 al. 3 BGB prévoit que « Sans préjudice du § 275, al. 2 et 3, l'entrepreneur peut refuser l'exécution corrective si elle n'est possible que moyennant des coûts disproportionnés ». M. Kötz se demande quels droits pourrait avoir le maître d'ouvrage qui ferait construire une piscine dans son jardin et qui n'aurait une profondeur que de 175 cm au lieu des 180 cm prévus au contrat. Celui-ci aura tout intérêt à demander l'exécution corrective sur le fondement du § 635 al. 1 BGB<sup>434</sup>. Or les coûts que celle-ci entraînerait pour l'entrepreneur, qu'elle prenne la forme d'une réparation (renforcement de la piscine) ou d'un remplacement (nouvel ouvrage), apparaîtront « disproportionnés » par rapport à l'intérêt du maître de l'ouvrage de posséder une piscine ayant 5 cm de plus de profondeur. Ainsi, en droit allemand, l'entrepreneur serait en droit de refuser

---

<sup>432</sup> V. CJUE, 16 juin 2011, C-65/09 (*Weber*) et C-87/09 (*Putz*) (la Cour affirme l'impossibilité pour le vendeur de refuser l'unique mode possible d'exécution corrective en raison de son caractère disproportionné) ; BGH 8. Zivilsenat, 17.10.2012, VIII ZR 226/11, BGHZ 195, p. 135 (la Cour fédérale allemande a limité les solutions édictées par la CJUE aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs).

<sup>433</sup> H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, op. cit., n° 817.

<sup>434</sup> § 635 al. 1 BGB : « Si le client exige l'exécution corrective, l'entrepreneur peut au choix éliminer le défaut ou fabriquer un nouvel ouvrage ».

l'exécution corrective sur le fondement du § 635 al. 3 BGB. La solution est donc plus sévère à l'égard du créancier (ici le maître de l'ouvrage) qui se voit privé ainsi de son droit à l'exécution en nature.

L'auteur souligne dans le même temps que le maître de l'ouvrage n'est pas privé de tout recours : en particulier, il pourra demander la réduction du prix (*Minderung*) ou des dommages-intérêts à la place de la prestation (*Schadensersatz statt der Leistung*). Mais au titre de ces derniers, il ne pourra pas exiger la prise en charge, par l'entrepreneur, du coût de la mise en conformité (*Ersatz der Mängelbeseitigungskosten*), car cela reviendrait, selon la jurisprudence, à contrecarrer le droit de l'entrepreneur de refuser une exécution corrective disproportionnée<sup>435</sup>.

**379.** On voit ici l'importance de coordonner les divers remèdes à l'inexécution du contrat. Au cours de la réforme du droit allemand des obligations, les auteurs se sont interrogés notamment sur les rapports entretenus entre le § 275 al. 2 BGB (« impossibilité factuelle ») et le § 313 BGB (« imprévision »). Accorder la priorité au dernier aurait signifié pour beaucoup une emprise trop grande du juge sur le contrat<sup>436</sup>. Non seulement ses conditions d'application sont moins précises que celles du § 275 al. 2 BGB mais il autorise en outre le juge à réviser le contrat. Dans ce cas, il y a véritable immixtion du juge dans le contrat.

---

<sup>435</sup> BGH 7. Zivilsenat, 11.10.2012, VII ZR 179/11, NJW 2013, p. 370. Cette solution a été réaffirmée pour le contrat de vente : v. BGH 5. Zivilsenat, 4.4.2014, V ZR 275/12, BGHZ 200, p. 350. Ainsi, le créancier ne pourra exiger que des dommages-intérêts à hauteur de la différence de valeur du bien avec et sans défaut (« Wertdifferenz zwischen dem mangelhaften und dem geschuldeten mangelfreien Gegenstand »).

<sup>436</sup> V. en particulier M. LÖWISCH, in *Staudinger BGB*, 2. Buch, Berlin, Sellier, 2001, Vorbem zu §§ 275-283, n° 8. Aujourd'hui, on considère que le § 275 al. 2 BGB a priorité sur le § 313 BGB : v. Th. PFEIFFER, in *jurisPK-BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., Saarbrücken, Juris, 2012, § 313, n° 21.

## CONCLUSION DU TITRE PREMIER

**380.** L'exemple de la piscine non conforme aux stipulations contractuelles et les solutions qu'il appelle en droit allemand vient donner raison à ceux qui considèrent que le droit français est certainement l'un de ceux qui favorisent le plus l'exécution forcée en nature. En effet, en droit positif français, aucune considération économique ne vient faire obstacle à la condamnation du débiteur à exécuter sa prestation en nature. La jurisprudence française semble non seulement réfractaire à toute considération économique mais elle est également réticente à recourir à la théorie de l'abus de droit. Peut-être est-ce parce que l'on hésite encore, en France, à appréhender l'exécution (forcée) en nature comme un véritable droit du créancier.

Cette hésitation rend le droit français plus complexe et plus imprévisible. En droit allemand, le créancier, qui est doté d'une « prétention » à l'exécution en nature (*Erfüllungsanspruch*), peut être assuré d'obtenir un jugement *ad ipsam rem* lorsqu'il en fait la demande et que son droit de créance est avéré. Toute obligation peut donner lieu, en principe, à une condamnation en nature<sup>437</sup>. En effet, c'est au niveau des procédures civiles d'exécution que joue la règle *nemo praecise cogi ad factum* et que sont apportés les principaux tempéraments au principe de l'exécution forcée en nature. Les exceptions au droit à l'exécution en nature d'ordre substantiel, nouvellement codifiées dans le Code civil allemand aux § 275 al. 2 et 3 BGB, ont vocation uniquement à régler des cas extrêmes, et ne viennent donc pas tempérer la rigueur du droit à l'exécution forcée en nature. En dissociant strictement les procédures de jugement et d'exécution forcée, le système allemand fait du créancier le véritable maître du choix de la sanction.

Le système retenu par le droit français est sur ce point très différent. En France, c'est au stade du jugement, et non au stade de l'exécution, que l'on s'interroge sur les mérites de la règle *nemo praecise cogi ad factum* et sur l'opportunité de convertir ou non l'obligation en dommages-intérêts. Lorsque le juge condamne le débiteur à une prestation de faire ou de ne pas faire, c'est qu'il a estimé d'une part, que l'exécution de cette condamnation n'était pas incompatible avec la liberté individuelle, et d'autre part, qu'il avait à sa disposition des moyens de contrainte adéquats pour garantir l'efficacité de sa décision. C'est là où se mêlent

considérations de fond et procédurales. Il en résulte que le créancier se voit privé plus souvent du choix de la sanction au niveau du droit substantiel déjà. D'autant plus que les limites au principe de l'exécution forcée en nature n'ont pas été clairement fixées par le législateur, ce qui est propice aux flottements jurisprudentiels.

---

<sup>437</sup> A supposer bien entendu que l'obligation ne soit pas impossible (v. le § 275 al. 1 BGB).

## TITRE II – LE DÉLAI D'EXÉCUTION ET LA RÉVISION DU CONTRAT

**381.** Entre l'exécution forcée en nature du contrat et sa résolution, il y a place pour des mesures intermédiaires. Celles-ci témoignent d'une politique plus nuancée des suites de l'inexécution, s'écartant de la logique du tout ou rien. Elles visent bien souvent à « sauver » le contrat.

Les mécanismes de « sauvetage » du contrat ont un impact plus ou moins grand sur les termes qu'il renferme. Certains opèrent un sauvetage « en douceur », en venant suspendre le contrat le temps de remédier à une défaillance qui peut s'avérer passagère (chapitre I).

D'autres agissent sur les termes mêmes de l'accord et portent atteinte directement à la substance même des droits et des obligations des parties (chapitre II). Ce sont eux qui viennent bousculer l'ordre traditionnel des valeurs.

## CHAPITRE I - L'ATTEINTE « INDIRECTE » À LA LOI CONTRACTUELLE DES PARTIES : LE DÉLAI D'EXÉCUTION

**382.** Le droit français connaît un mécanisme déjà ancien qui permet de donner une dernière chance au contrat : le délai de grâce. Celui-ci est défini comme le délai accordé par le juge à un débiteur pour l'exécution de sa prestation<sup>1</sup>. L'intervention du juge n'a d'autre objet, sans toucher au contrat proprement dit, que d'en retarder l'exécution. Certes, en bonne logique, retarder l'exécution d'un contrat, c'est déjà le réviser<sup>2</sup>.

Le délai de grâce prévu à l'article 1184 al. 3 C. civ. dans le cadre spécifique de l'action en résolution, qui sera envisagé ici à titre principal, fait plus que différer seulement l'exécution forcée de l'obligation puisqu'il confère au juge le pouvoir de maintenir autoritairement l'obligation – mais en l'état – donc le pouvoir d'intervenir dans le contrat afin d'éviter que la défaillance du débiteur ne le dégrade totalement<sup>3</sup>. Le délai de grâce se présente ainsi comme un mécanisme permettant de sauver le contrat, du moins temporairement.

Alors qu'il est l'apanage du juge en droit français (section I), il ne requiert aucunement la participation du juge en droit allemand (section II).

Le délai de grâce français et son équivalent allemand, appelé *Nachfrist*, constituent tous deux une institution emblématique de chaque système juridique.

---

<sup>1</sup> *Lamy Droit du contrat*, n° 348-85.

<sup>2</sup> E. DE GAUDIN DE LAGRANGE, *L'intervention du juge dans le contrat*, th. Montpellier, Paris, Recueil Sirey, 1935, n° 168, p. 269.

<sup>3</sup> V. spéc. Ph. SOUSTELLE, *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, th. Saint Etienne, 1996, n° 392, p. 284 ; E. DE GAUDIN DE LAGRANGE, th. préc., n° 16, p. 68 et s.



## SECTION I - L'INSTITUTION FRANÇAISE DU DÉLAI DE GRÂCE

**383.** Conformément à l'article 1184 al. 3 C. civ., le juge a le pouvoir d'accorder au débiteur un délai supplémentaire lorsqu'il est saisi d'une action en résolution, cette mesure ayant pour effet d'ajourner l'anéantissement du contrat. Ainsi, plutôt que de prononcer immédiatement une quelconque sanction, le juge peut préférer maintenir l'obligation « en l'état » à condition que le débiteur exécute dans un délai imparti<sup>4</sup>. Le lien contractuel est alors suspendu, le créancier étant placé en parfaite situation d'attente : bien qu'il dispose d'une créance échue et inexécutée, il ne peut ni obtenir la résolution, ni procéder à l'exécution forcée de la prestation restée en souffrance<sup>5</sup>.

On envisagera successivement les fondements (§ 1) et le régime (§ 2) de cette institution française avant de s'intéresser à son sort dans les projets de réforme (§ 3).

### § 1. FONDEMENTS

**384.** Le mécanisme du délai de grâce est appréhendé tantôt comme une faveur faite au débiteur (A), tantôt comme une faveur pour le contrat (B).

#### A. UNE FAVEUR FAITE AU DÉBITEUR

**385.** Le mécanisme du délai de grâce est le plus souvent analysé comme une faveur faite au débiteur de bonne foi plutôt que comme une faveur faite au contrat<sup>6</sup>. Analysé sous cet angle, le mécanisme semble alors reposer davantage sur des considérations morales et humanistes qu'économiques. Ceci transparaît déjà dans les travaux préparatoires du Code civil, spécialement dans les affirmations du tribu

---

<sup>4</sup> Ph. SOUSTELLE, th. préc., p. 598.

<sup>5</sup> *Ibid.*, n° 392, p. 284.

<sup>6</sup> V. par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 1205 (« par mesure d'humanité et de paix sociale ») ; Th. GENICON, th. préc., n° 512 (le délai d'exécution prévu à l'art. 1184 alinéa 3 C. civ. est analysé sous un § 2 intitulé « La prise en compte du sort du débiteur ») ; R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats, op. cit.*, n° 19 (inscrit les délais de grâce dans la dimension morale du contrat).

Favart, pour qui « le délai qu'il est permis aux juges d'accorder au débiteur pour exécuter l'acte avant que la résolution soit acquise est fondé sur l'humanité. C'est une exception, si l'on veut, à l'article 34 [1134 C. civ.], qui porte que la convention légale doit être une loi pour les parties contractantes ; (...) »<sup>7</sup>. Cette marque d'humanisme contractuel est jugée aujourd'hui caractéristique du régime français de la résolution du contrat, et par-là du modèle contractuel français<sup>8</sup>.

Pour un certain nombre d'auteurs, le délai d'exécution institué à l'article 1184 alinéa 3 C. civ. n'est qu'une application particulière du délai de grâce de droit commun, réglementé aux articles 1244-1 à 1244-3 C. civ., et qui a vocation à jouer dans le cadre d'une action en exécution forcée en nature cette fois<sup>9</sup>. Or le fondement de ce délai ne fait lui aucun doute : l'exposé des motifs montre que c'est au nom de l'humanité, comme autrefois les Romains, que le législateur de 1804 entendait justifier la dérogation exorbitante qu'il apportait au droit commun des contrats<sup>10</sup>. Le délai de grâce de l'article 1244-1 se présente ainsi avant tout comme une institution morale. Les mots d'humanité, d'équité, de bonne foi qu'on retrouvait chez les commentateurs n'étaient au fond que les expressions différentes de cette même idée<sup>11</sup>.

## ***B. UNE FAVEUR POUR LE CONTRAT***

**386.** Cependant, une partie de la doctrine conteste l'assimilation faite entre le délai de l'article 1184 alinéa 3 C. civ. et le délai de droit commun de l'article 1244-1 C. civ., en insistant bien au contraire sur leur différence de nature. Pour ces auteurs, le délai de l'article 1184 alinéa 3 n'est pas une « charité faite à l'individu » mais une mesure de protection du lien contractuel<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'édition de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, t. 13, p. 327.

<sup>8</sup> V. en particulier J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, spéc. p. 216 ; la même, « La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne », art. préc., p. 198 ; D. MAZEAUD, « Le droit français, modèle pour les projets européens de droit des contrats (Quel avenir pour le modèle juridique français ?) », in R. CABRILLAC (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, spéc. p. 26, 34 et 39.

<sup>9</sup> V. de manière explicite : R. TEXIER, *Le délai de grâce*, th. Paris, Paris, Librairie technique et économique, 1938, p. 38 ; E. DE GAUDIN DE LAGRANGE, th. préc., n° 168 ; et plus implicitement : F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 652.

<sup>10</sup> V. R. TEXIER, *Le délai de grâce*, th. préc., p. 28 et s.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>12</sup> M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. préc., n° 366, 379, 389.

C'est ce qui expliquerait que « les conditions d'octroi du délai de l'article 1184 alinéa 3 ne sont pas tout à fait les mêmes que celles de l'article 1244 [1244-1 et s.], en ce qu'il invite à tenir compte des difficultés d'exécution de la convention plutôt que de la détresse économique du débiteur. En effet, et même si la notion de bonne foi reste en la matière sous-entendue, ce n'est qu'accessoirement que les juges prendront en considération “la situation du débiteur” et “les besoins du créancier” »<sup>13</sup>. Aussi, « considérer le délai de l'article 1184 alinéa 3 C. civ. comme une mesure de faveur subjective, accordée au débiteur intuitu personae, “masquerait la raison profonde de l'intervention du juge qui, en accordant un sursis d'exécution, cherche surtout à sauver le contrat de la résolution qui le menace” »<sup>14</sup>.

Comme l'a résumé le doyen Carbonnier, suivi en cela par de nombreux auteurs, ce que prend en considération l'article 1184 alinéa 3 c'est la valeur du contrat, sa valeur morale et sa valeur économique<sup>15</sup> : « le délai de l'article 1184 n'est pas une grâce concédée par humanité pour l'individu ; c'est un délai technique institué pour permettre au juge de sauver les conventions »<sup>16</sup>. Considéré de la sorte, le délai d'exécution de l'article 1184 alinéa 3 C. civ. apparaît singulièrement moderne. Son analyse peut donc être envisagée dans une perspective économique également.

Qu'on ne se méprenne pas toutefois : si la valeur économique du contrat fait partie des éléments pris en considération par le juge dans l'octroi du délai d'exécution, la valeur morale de celui-ci pèse encore davantage<sup>17</sup>. Ici, le terme « moral » s'entend plus spécialement du respect de la parole échangée. En effet, la visée essentielle du mécanisme mis en place par l'article 1184 C. civ. est de préserver le lien contractuel utile, sans qu'il y ait besoin de distinguer les moyens, provisoire (l'octroi d'un délai) ou définitif (le rejet de la demande en résolution), assurant cette

---

<sup>13</sup> Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 408, p. 297. V. dans le même sens M. STORCK, J.-Cl. Civ., Art. 1184, Fasc. 10, n° 51.

<sup>14</sup> Ph. SOUSTELLE, *ibid.*

<sup>15</sup> J. CARBONNIER, obs. à la RTD civ. 1956, p. 553.

<sup>16</sup> M.-E. PANCAZI-TIAN, th. préc., n° 390 et 379.

<sup>17</sup> Révélateurs en ce sens : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1949, n° 76, p. 134 ; R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », RTD civ. 1945, p. 169 : « l'intervention du juge, doté d'un pouvoir de contrôle suprême, n'a pas seulement pour but de protéger la partie victime de l'inexécution (...) elle est le signe que l'intérêt social est engagé dans le débat. Le juge (...) a pour mission de protéger la bonne foi, la sécurité dans les relations d'affaires : or celles-ci peuvent commander, non de détruire le rapport de droit jadis créé entre particuliers, mais au contraire de le maintenir ».

protection<sup>18</sup>. Autrement dit, le juge intervient en premier lieu pour assurer la défense du principe de la force obligatoire du contrat, qui voudrait que le contrat soit exécuté quelles que soient les circonstances et les difficultés rencontrées<sup>19</sup>. Comme il a été relevé, lorsqu'il accorde au débiteur un délai d'exécution, le juge fait une tentative pour parvenir en définitive à l'exécution du contrat<sup>20</sup>. Celle-ci satisfait bien évidemment le principe moral du respect de la parole donnée mais peut s'avérer bénéfique également d'un point de vue économique, au point d'être encouragée de ce fait, comme nous l'avons vu plus haut à propos des mesures prises au niveau de l'Union européenne.

## § 2. RÉGIME

**387.** Comme son nom l'indique, le délai *de grâce* constitue une prérogative laissée à l'entière discrétion du juge (A), qui tend à s'imposer en présence même d'une clause résolutoire (B).

### A. UNE PRÉROGATIVE LAISSÉE À LA DISCRÉTION DU JUGE

**388.** Qu'il constitue une faveur pour le débiteur ou pour le contrat<sup>21</sup>, le délai d'exécution est, en France, une prérogative importante placée entre les mains du juge. Quoi qu'on dise, l'idée de grâce est bien inhérente au délai d'exécution de l'article 1184 alinéa 3 C. civ., traduisant parfaitement son régime.

A l'état pur, la grâce fait exception au droit<sup>22</sup>. Elle trouve son fondement dans la bienveillance du magistrat (*lato et vero sensu* : toute personne investie d'une

---

<sup>18</sup> Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. préc., n° 195.

<sup>19</sup> La thèse d'Y.-M. LAITHIER est particulièrement révélatrice à ce titre. Elle a démontré combien les sanctions de l'inexécution du contrat sont ordonnées, en droit français, autour du principe de la force obligatoire du contrat. V. sur ce point également J. ROCHFELD, « La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne », art. préc., p. 198.

<sup>20</sup> V. Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 414, et les références citées.

<sup>21</sup> Pour Jean DOMAT, les deux aspects se conjuguent visiblement, car il affirme qu'« (...) il est de l'équité et de l'intérêt public, que les conventions ne soient pas d'abord résolues ni les peines encourues pour toute inexécution indistinctement » : v. *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle éd., t. 1<sup>er</sup>, La Haye, Adrian Moetjens, 1703, p. 27.

<sup>22</sup> A. SÉRIAUX, « Réflexions sur les délais de grâce », RTD civ. 1993, p. 789 et 794.

magistrature publique)<sup>23</sup>. Celui qui la réclame ne possède aucun droit dont il puisse se prévaloir ; celui qui l'accorde n'est en rien tenu de le faire ; il agit par pure bonté<sup>24</sup>.

Bien que le délai de « grâce » français ne soit pas l'expression de cette grâce à l'état pur, dans la mesure où l'octroi du délai repose fort heureusement sur d'autres motifs que la complaisance du magistrat, il n'en demeure pas moins que dès l'origine, le pouvoir du juge a été conçu comme facultatif<sup>25</sup>. Le juge est absolument libre d'user ou de ne pas user de cette faculté qui lui est ouverte, et d'apprécier souverainement l'opportunité d'octroyer un délai. Il y a donc là la manifestation la plus nette d'un pouvoir discrétionnaire du juge au sens où nous l'entendons et l'avons défini dans la première partie, à savoir un pouvoir de faire droit ou non à la demande d'une partie, selon un choix qui n'appartient qu'à lui seul.

**389.** Pour la doctrine française, la faculté accordée au juge à l'article 1184 alinéa 3 C. civ. de donner au débiteur un délai pour s'exécuter constitue la manifestation la plus éclatante du pouvoir modérateur qui s'exerce dans l'intérêt du débiteur<sup>26</sup>. Effectivement, il s'agit bien d'un pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi de déroger à l'application normale de la règle de droit étant donné que le juge a la faculté de donner une dernière chance au débiteur alors même que la résolution semblerait justifiée dans son principe<sup>27</sup>. Certains auteurs utilisent la notion de pouvoir modérateur pour marquer plus spécialement le fait que le juge dispose ici d'un large pouvoir d'appréciation dans l'octroi de la mesure<sup>28</sup>.

A cet égard, il faut certainement souligner le lien qui existe entre l'appréciation, par le juge, de l'opportunité d'un délai de grâce et l'appréciation de l'opportunité de la résolution<sup>29</sup> : « le pouvoir souverain d'appréciation quant à l'octroi du délai se fonde sans aucun doute dans le pouvoir souverain d'appréciation reconnu aux magistrats saisis d'une demande en résolution du contrat »<sup>30</sup>. En effet, qu'est-ce

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 794.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 789.

<sup>25</sup> Sur le caractère facultatif du délai de grâce pour le juge, v. A. SÉRIAUX, art. préc., p. 791.

<sup>26</sup> V. parmi d'autres Th. GENICON, th. préc., n° 512.

<sup>27</sup> V. Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Durand et Hachette, 1870, n° 514, p. 489 : « Lors même donc que la demande en résolution serait régulière et paraîtrait fondée, les juges peuvent ne pas l'admettre et accorder au défendeur un délai pour exécuter ses obligations » (cité d'après Th. GENICON, th. préc., n° 512, note 298).

<sup>28</sup> V. en ce sens J. ROCHFELD, « La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne », art. préc., p. 199.

<sup>29</sup> Sur ce lien, v. Y.-M. LAITHIER, th. préc., p. 276, note 362.

<sup>30</sup> Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 406.

finalement qu'accorder un délai sinon juger que le contrat mérite d'être maintenu, au moins provisoirement, en dépit de l'inexécution<sup>31</sup> ? Nombreux sont ceux qui insistent ainsi sur l'imbrication des deux pouvoirs et l'impossibilité d'effectuer une distinction ferme et surtout durable entre le pouvoir d'accorder un délai de grâce et celui d'apprécier la pertinence et l'opportunité de la résolution<sup>32</sup>. D'où l'idée que si le juge a le pouvoir d'accorder un délai d'exécution, c'est uniquement en raison du caractère facultatif de la résolution judiciaire (elle-même)<sup>33</sup>.

**390.** La marge d'appréciation du juge est d'autant plus considérable que l'article 1184 alinéa 3 C. civ. se contente d'énoncer que le délai peut être accordé « selon les circonstances ». Aucune directive particulière ne vient donc encadrer sa décision, ce qui suscite régulièrement l'étonnement de la part de juristes étrangers, même ceux habitués aux standards<sup>34</sup>. Les magistrats français ont les mains totalement libres non seulement quant aux motifs qui les poussent à accorder un délai mais encore quant aux modalités de cette mesure<sup>35</sup>.

S'agissant des motifs, nous avons déjà évoqué le fait que l'article 1184 invitait le juge à tenir compte des difficultés d'exécution de la convention plutôt que de la

<sup>31</sup> Y.-M. LAITHIER, *ibid.*

<sup>32</sup> V. de façon très ferme, Th. GENICON, th. préc., n° 536 et 661.

<sup>33</sup> Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 406. *Contra* S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, op. cit., p. 513 et s. A partir d'une lecture littérale de l'article 1184 C. civ, cette dernière considère en effet que le texte autorise seulement le juge, en son alinéa 3, à octroyer un délai d'exécution mais certainement pas à apprécier l'opportunité de la résolution du contrat. Aussi, le pouvoir d'accorder un dernier délai au débiteur serait l'unique cadre d'intervention du juge et la seule raison pour laquelle son intervention devrait être préalable. Selon l'auteur, si le créancier victime de l'inexécution du contrat doit aujourd'hui préalablement demander la résolution au juge, c'est seulement parce que la jurisprudence se serait, au cours de la seconde moitié du XIXe siècle, saisie de très larges pouvoirs d'appréciation que ne lui offrait pas l'article 1184 C. civ. On notera à ce titre que certains arrêts anciens ont pu faire penser qu'à l'origine, la Cour de cassation appliquait littéralement l'article 1184 C. civ., en ce sens que dès lors que l'inexécution était établie et que la résolution était demandée, le juge devait la prononcer, sauf à l'ajourner en accordant au débiteur un ultime délai (v. Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 222, qui cite une décision de la Cour de cassation en date du 12 avril 1843). Un tournant aurait eu lieu avec l'arrêt du 15 avril 1845 (Civ., 15 avril 1845, D. 1845, I, p. 411), marquant le point de départ d'un contrôle renforcé de la part des juges du fond, ces derniers se voyant conférer les pouvoirs les plus étendus en la matière. Depuis lors, le juge n'aurait pas seulement la faculté d'ajourner la résolution mais le pouvoir de l'écarter purement et simplement, malgré la violation incontestable du contrat (LAITHIER, *ibid.*, n° 223). Cette analyse s'est vue toutefois contestée par Thomas GENICON, qui a manifesté ses plus grandes réserves à l'égard de l'idée selon laquelle le droit français aurait connu, fût-ce lors d'un bref intervalle, une résolution de droit, sur la simple preuve d'un manquement même anodin (v. sa th. préc., n° 532 et s.). Bien au contraire, celui-ci soutient qu'il n'est pas impossible que l'alinéa 3 de l'art. 1184 ait été une consécration et même un renforcement du pouvoir d'appréciation du juge qui existait déjà dans l'Ancien droit (*ibid.*, n° 535).

<sup>34</sup> V. par ex. H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le "droit européen des contrats" : perspective de la *Law Commission* anglaise », RDC 2006, p. 135 et s. : « (...) les juristes anglais s'opposent fortement à des pouvoirs judiciaires larges. (...) Les juristes anglais demandent, au moins, que l'article, ou un commentaire, donne des standards que le juge devrait suivre lorsqu'il exerce son pouvoir souverain d'appréciation ». Cette observation qui fait suite à l'analyse du régime de la résolution pour inexécution dans l'avant-projet CATALA vaut tout autant pour le droit positif actuel.

<sup>35</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 513.

détresse économique du débiteur. La perspective est donc ici plus large<sup>36</sup>. Le cadre très général posé par la loi permet en tout cas au juge, certes de manière indirecte, de prendre en considération les conséquences d'une crise économique, autrement dit un changement de circonstances<sup>37</sup>. Aussi le mécanisme du délai de grâce fait-il figure également de remède judiciaire (quoique limité) en temps de crise économique<sup>38</sup>.

S'agissant ensuite des modalités du délai décidé par le juge, celles-ci sont marquées également du sceau de la liberté. Contrairement au délai de grâce de droit commun de l'article 1244-1 C. civ., la loi n'a pas assigné au délai d'exécution de l'article 1184 alinéa 3 C. civ. une limite chiffrée qui serait impérative. Le délai doit emprunter sa mesure aux circonstances. Une seule limite a été apportée toutefois à cet espace de liberté par la Cour de cassation : le délai ne peut être renouvelé<sup>39</sup>.

Comme il a pu être souligné, la grande liberté accordée ici au juge manifeste une pleine confiance dans l'autorité judiciaire<sup>40</sup>.

## **B. LE DÉLAI DE GRÂCE FACE À LA CLAUSE RÉVOCATOIRE**

**391.** Le large pouvoir d'appréciation dont bénéficie le juge dans l'octroi du délai de grâce vient déjouer en tout état de cause les prévisions du créancier. Celui-ci peut donc être tenté de stipuler une clause résolutoire afin d'empêcher le juge d'exercer tout pouvoir modérateur. La validité de cette clause est reconnue en droit français depuis l'arrêt de principe du 2 juillet 1860<sup>41</sup>. La clause résolutoire (ou pacte commissaire) est la convention selon laquelle le contrat sera résolu de plein droit en cas d'inexécution d'une de ses obligations<sup>42</sup>. Elle a pour effet d'écarter la nécessité de l'intervention préalable du juge et d'évincer tout pouvoir d'appréciation du juge

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Sur ce point, v. Th. GENICON, th. préc., n° 513 : « (...) permet au juge d'adapter le contrat aux circonstances (...) ». Rapp. B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in TAHC, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 197 (à propos de l'art. 1244 C. civ.).

<sup>38</sup> V. Y.-M. LAITHIER, « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », RDC 2010, p. 410 et 413 ; J. MESTRE, « Propos conclusifs » [du débat sur *Les prévisions contractuelles à l'épreuve de la crise économique*], RDC 2010, p. 506 et s. ; J.-A. ROBERT, Q. CHARLUTEAU, « La théorie de l'imprévision et le bouleversement économique dans les contrats industriels et commerciaux », RLDC 2009/62, n° 3515, p. 52.

<sup>39</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1984, Bull. I, n° 343.

<sup>40</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 357.

<sup>41</sup> Civ., 2 juillet 1860, D. 1860, 1, p. 284 : « (...) il n'est pas défendu aux parties d'attacher à l'inexécution, constatée dans une certaine forme, les effets d'une condition résolutoire précise, absolue et opérant de plein droit ; qu'une pareille convention n'a rien d'illicite ; qu'elle tient lieu de loi à ceux qui l'ont faite ; que les tribunaux ne peuvent pas la changer et qu'ils doivent se borner à vérifier si, en fait, il y a eu réellement inexécution du contrat dans le sens prévu et réglé à l'avance par les parties ».

<sup>42</sup> Ch. PAULIN, *La clause résolutoire*, th. Toulouse, Paris, LGDJ, 1996, n° 8, p. 12.

quant au bien fondé de la résolution<sup>43</sup>. En sa présence, l'inexécution est appréhendée comme un événement faisant naître par principe un véritable « droit de résolution » au bénéfice du créancier, qu'il peut mettre librement en œuvre<sup>44</sup>. Dans l'ensemble donc, la clause résolutoire est axée sur l'exclusion du juge<sup>45</sup>.

**392.** En théorie comme en pratique s'est posée néanmoins la question de savoir si le juge ne pouvait pas suspendre le jeu de la clause résolutoire en accordant au débiteur défaillant un délai de grâce sur le fondement de l'article 1244-1 C. civ. Il est certain que dans l'affirmative, le juge reprendrait ainsi son empire.

La réponse apportée par la jurisprudence a varié au cours du temps.

Dans l'Ancien droit, le juge pouvait accorder des délais au débiteur malgré l'existence d'un pacte commissaire exprès<sup>46</sup>. Mais s'il détenait un tel pouvoir, c'était uniquement parce qu'il *prononçait*, nonobstant le pacte, la résolution<sup>47</sup>. Les rédacteurs du Code civil eux-mêmes n'avaient pas exclu cette possibilité pour le juge<sup>48</sup>.

Toutefois, depuis son arrêt fondateur du 2 juillet 1860, la Cour de cassation a toujours prohibé l'intervention du délai de grâce en présence d'une clause résolutoire qui a définitivement joué<sup>49</sup>. Cette position jurisprudentielle est confortée par les dispositions de l'article 1656 C. civ. qui précise qu'en cas de stipulation d'une clause résolutoire de plein droit pour non-paiement dans un contrat de vente d'immeuble, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été

---

<sup>43</sup> M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc., n° 247. V. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986, Bull. I, n° 279 : « Attendu que la clause résolutoire de plein droit, qui permet aux parties de soustraire la résolution d'une convention à l'appréciation des juges, (...) ».

<sup>44</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 342 (l'auteur s'appuie ici sur la thèse de Ch. PAULIN, *op. cit.*, n° 139). Le plus souvent, la résolution nécessitera une manifestation de volonté du créancier mais dans certains cas, elle pourra résulter automatiquement de l'inexécution.

<sup>45</sup> Ch. PAULIN, th. préc., n° 5.

<sup>46</sup> V. G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 C. Civ.)*, th. Toulouse, Paris, PUF, 1924, p. 402 et 405 (et les références citées).

<sup>47</sup> Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 434.

<sup>48</sup> V. l'exposé des motifs par BIGOT DE PRÉAMENEU in P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, p. 244 : « Lors même que la condition résolutoire serait formellement stipulée, il faudrait toujours constater l'inexécution, en vérifier les causes, les distinguer d'un simple retard ; et dans l'examen de ces causes, il peut en être de si favorables que le juge se trouve forcé par l'équité à accorder un délai ».

<sup>49</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juin 1986, RTD civ. 1987, p. 318, obs. J. MESTRE ; Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 1991, Bull. III, n° 102 : « (...) le juge ne peut, en accordant des délais de grâce sur le fondement de l'article 1244 du Code civil, paralyser le jeu d'une clause résolutoire de plein droit contractuellement stipulée, (...) ».



mis en demeure par une sommation ; mais après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai<sup>50</sup>.

La loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, dont est issu le nouveau régime du délai de grâce de droit commun, a toutefois ravivé les discussions au sein de la doctrine.

Notons que si la question de l'octroi d'un délai d'exécution sur le fondement de l'article 1184 alinéa 3 C. civ. ne se pose pas véritablement, c'est parce que la reconnaissance de la validité de la clause résolutoire par la jurisprudence revient précisément à démunir le juge de ses prérogatives qu'il détient de ce texte. La faculté d'accorder un ultime délai d'exécution disparaît donc en même temps que les autres prérogatives destinées à différer la résolution<sup>51</sup>. Méconnaître une telle solution reviendrait à ruiner le mécanisme de la clause résolutoire et plus généralement le principe même de la résolution conventionnelle<sup>52</sup>. Ainsi, dès lors que la clause résolutoire a été mise en œuvre, la résolution est acquise et ne peut plus être retardée par le juge sur le fondement de l'article 1184 alinéa 3.

Si la question se pose en revanche à l'égard de l'article 1244-1 C. civ., c'est parce que contrairement à l'article 1184, cet article est d'ordre public. L'article 1244-3 C. civ. issu de la loi du 9 juillet 1991 dispose en effet que « Toute stipulation contraire aux dispositions des articles 1244-1 et 1244-2 est réputée non écrite ». Le délai de grâce de droit commun a donc depuis lors officiellement un caractère d'ordre public. A ce titre, on s'est demandé si la clause résolutoire ne constituait pas justement une stipulation permettant au créancier de priver le débiteur d'un possible répit. La question est encore controversée aujourd'hui<sup>53</sup>.

Prenant appui sur le nouvel article 1244-3 C. civ., certains auteurs enseignent que « la loi permet au juge d'accorder des délais de grâce, même si a été stipulée une

---

<sup>50</sup> J.-Cl. Civ., Art. 1184, Fasc. 20, n° 31. Article 1656 C. civ. : « S'il a été stipulé lors de la vente d'immeubles, que, faute du paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit, l'acquéreur peut néanmoins payer après l'expiration du délai, tant qu'il n'a pas été mis en demeure par une sommation ; mais, après cette sommation, le juge ne peut pas lui accorder de délai ». V. sur ce fondement Civ. 3<sup>e</sup>, 15 juin 1994, n° 92-15.555, Juris-Data n° 1994-002741.

<sup>51</sup> Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 430 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2007, n° 889.

<sup>52</sup> Ph. SOUSTELLE, *ibid.* L'auteur fait remarquer que le caractère imparable de la solution a très naturellement conduit les plaideurs à délaisser le terrain de l'article 1184 alinéa 3 C. civ. ou de ses corollaires pour fonder leur demande sur le droit commun des délais de grâce.

<sup>53</sup> V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 664.

clause résolutoire »<sup>54</sup>. Ainsi, le juge pourrait-il toujours être saisi pour suspendre le jeu d'une clause résolutoire. D'autres, plus nuancés, considèrent que les délais de grâce sont susceptibles de faire échec à la clause résolutoire lorsqu'ils sont demandés *avant* que l'inexécution ne se soit produite, c'est-à-dire durant le temps imparti par la mise en demeure<sup>55</sup>. Un autre courant soutient au contraire que l'article 1244-1 C. civ., dont le domaine est limité à l'instance en exécution forcée, n'a aucune vocation à s'appliquer à l'instance en résolution, qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle<sup>56</sup>. Selon cette dernière analyse, les termes du débat sont mal posés car il ne s'agit pas de savoir si les dispositions des articles 1244-1 et suivants C. civ. peuvent faire échec au jeu d'une clause résolutoire en raison de leur caractère d'ordre public, mais simplement d'observer que ces dispositions sont inapplicables à l'instance en résolution<sup>57</sup>.

**393.** La réponse est plus nette dans certains secteurs contractuels où le législateur a prévu lui-même l'interaction possible du délai de grâce et de la clause résolutoire. Les dispositions légales impératives marquent une faveur certaine pour le délai de grâce<sup>58</sup>. Il en va ainsi par exemple de l'article L. 145-41 alinéa 2 du Code de commerce, applicable en matière de bail commercial. Celui-ci dispose en effet que : « Les juges saisis d'une demande présentée dans les formes et conditions prévues aux articles 1244-1 à 1244-3 du code civil peuvent, en accordant des délais, suspendre la réalisation et les effets des clauses de résiliation, lorsque la résiliation n'est pas constatée ou prononcée par une décision de justice ayant acquis l'autorité de la chose jugée. La clause résolutoire ne joue pas, si le locataire se libère dans les conditions fixées par le juge ». Sortant du strict cadre de notre étude, la disposition mérite d'être

---

<sup>54</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 889 et 1124 ; A. BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001, n° 397.

<sup>55</sup> V. *Lamy Droit du contrat*, n° 460-21, qui explique qu'à l'expiration de la mise en demeure, l'inexécution est réalisée, et que le créancier devient, par l'effet de la clause résolutoire, libre de rompre le contrat. Ainsi, l'obtention de délais ou même une exécution tardive n'effacerait pas la faute et ne saurait le priver du droit qu'il a acquis. Dans le même sens : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005, n° 595.

<sup>56</sup> V. en ce sens Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 441 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 664 : « Le délai de grâce de l'article 1244-1 du Code civil ne peut être octroyé que par un jugement condamnant le débiteur à exécuter son obligation. Or la mise en demeure ne saurait s'analyser en une action en exécution forcée et, lorsque le juge est saisi en application d'une clause résolutoire, c'est afin d'ordonner la résolution du contrat et non l'exécution de l'obligation ».

<sup>57</sup> V. en particulier Ph. SOUSTELLE, th. préc., n° 441.

<sup>58</sup> V. notamment l'art. L. 222-4 du Code de la construction et de l'habitation pour les contrats de vente d'immeuble à construire et de concession immobilière ; l'art. 24 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989 pour les baux d'habitation ou mixtes ; l'art. L. 313-12 du Code de la consommation pour les contrats portant sur des opérations de crédit.

mentionnée en raison de la question prioritaire de constitutionnalité dont elle a fait l'objet. Pour tenter de la remettre en cause, des justiciables avaient soutenu en effet qu'elle portait intrinsèquement atteinte au droit au maintien de l'économie des conventions légalement conclues découlant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789<sup>59</sup>. Rejetant le sérieux de la question, la Cour de cassation a estimé, dans un arrêt du 18 juin 2010, que la disposition en cause répondait à un motif d'intérêt général et que sa mise en œuvre était entourée de garanties procédurales et de fond suffisantes<sup>60</sup>. Le motif pris de l'intérêt général est édifiant pour le sujet qui nous intéresse. Comme l'a parfaitement observé un commentateur, que l'on appréhende l'intérêt général dans une perspective d'utilité économique ou dans un esprit de justice sociale, ce qui est sûr, c'est que, en impliquant l'intérêt général, l'arrêt fait clairement reconnaître l'importance de la fonction sociale et/ou économique du délai de grâce qui légitime de passer outre les prévisions des parties et de bloquer le jeu d'une clause résolutoire<sup>61</sup>.

**394.** Ces exemples montrent combien il est difficile, en droit français, de se départir du pouvoir d'appréciation du juge dans le jeu des suites de l'inexécution du contrat. Les clauses qui tendent à soustraire au juge les conséquences de l'inexécution et qui empiètent ainsi sur le domaine de « compétence normale »<sup>62</sup> du juge sont accueillies avec beaucoup de réserve et de défiance. Elles font l'objet de multiples restrictions. Le délai de grâce apparaît ainsi pour beaucoup comme le vecteur souhaitable d'un pouvoir modérateur du juge sur la clause résolutoire<sup>63</sup>.

A ce titre, on peut observer une certaine continuité dans les divers avant-projets de réforme du droit français des contrats. En effet, le délai de grâce vient tempérer ici le jeu de la résolution unilatérale du contrat (par notification). La

---

<sup>59</sup> On se souvient que dans une décision remarquable du 10 juin 1998 (décision 98-401 DC, *JO* 14 juin 1998, p. 9033, RTD civ. 1998, p. 796, obs. N. MOLFESSIS), le Conseil constitutionnel a énoncé que « le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ».

<sup>60</sup> Cass., QPC, 18 juin 2010, n° 09-71.209, Juris-Data n° 2010-010069.

<sup>61</sup> G. LOISEAU, *chron.*, JCP 2010, n° 42, 1040.

<sup>62</sup> Selon les mots de Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Cours de droit civil. Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1990, n° 750, p. 410 (cité d'après F. OSMAN, « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », *Defrénois* 1993, art. 35433, p. 79).

<sup>63</sup> V. par ex. Ch. PAULIN, *th. préc.*, n° 7 et 293 : « C'est précisément par l'octroi de délais que peut être réalisée la modération judiciaire de la clause. Il faudrait permettre au juge d'accorder un terme au débiteur, soit lorsqu'il a été mis en demeure, soit postérieurement à la décision de la résolution ».

consécration de cette forme extra-judiciaire de la résolution n'a donc pas fait disparaître pour autant le délai de grâce, qui continue de conférer au modèle contractuel français toute son originalité.

### **§ 3. SORT DU DÉLAI DE GRÂCE DANS LES PROJETS DE RÉFORME**

**395.** Bien qu'ils diffèrent en de nombreux points, les trois avant-projets de réforme du droit français des contrats ont en commun d'avoir préservé le mécanisme du délai de grâce qui garde ainsi une place de choix au sein des règles relatives à la résolution du contrat pour inexécution<sup>64</sup>. Cette concordance est à elle seule digne d'intérêt, d'autant plus que les projets français se démarquent ainsi de la plupart des droits étrangers et des projets d'un droit européen des contrats.

**396.** Trois modes de résolution sont consacrés par chacun des avant-projets : la résolution conventionnelle (qui renvoie à la clause résolutoire<sup>65</sup>), la résolution par notification, et la résolution judiciaire<sup>66</sup>. Le mode traditionnel de résolution par voie judiciaire n'ayant pas été abandonné, on pourrait penser *a priori* que le mécanisme du délai de grâce n'ait vocation à jouer que dans ce cadre. Or il n'en est rien.

Dans l'avant-projet Catala, le délai de grâce est évoqué d'ailleurs exclusivement en lien avec la résolution du contrat par notification (v. l'article 1158-1). Il n'en est pas fait mention à propos de la résolution judiciaire. La prérogative du juge semble ici tellement évidente que les auteurs n'ont pas cru nécessaire de la mentionner expressément, celle-ci étant là tout simplement sous-entendue (v. l'article 1158)<sup>67</sup>. Cette faculté n'allant pas de soi dans le cadre de la résolution unilatérale par notification, les divers avant-projets de réforme la consacrent explicitement, en usant à peu de choses près de la même formule. Tous prévoient la possibilité, pour le débiteur, de contester en justice la résolution du contrat prononcée par le seul

---

<sup>64</sup> En dehors du strict cadre de la résolution du contrat, et en matière de paiement, l'institution du délai de grâce a été maintenue également : v. par ex. l'art. 1226-2 al. 2 de l'avant-projet CATALA.

<sup>65</sup> Correspond au « *vertraglicher Rücktritt* » du droit allemand.

<sup>66</sup> V. les art. 1158 al. 2 et 1159 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 132 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013) ; l'art. 108 de l'avant-projet TERRÉ.

<sup>67</sup> Contrairement à l'avant-projet CATALA, l'avant-projet TERRÉ a consacré un article spécifique à la résolution judiciaire du contrat où il est explicitement donné pouvoir au juge d'accorder un délai au débiteur (v. l'art. 113).

créancier, et indiquent à ce titre que *le juge peut, selon les circonstances, valider (constater) la résolution ou ordonner l'exécution du contrat en octroyant éventuellement un délai au débiteur*<sup>68</sup>.

A travers ce dispositif, le juge est doté des plus larges pouvoirs dans le contrôle de la décision du créancier de résoudre unilatéralement le contrat. Il appelle tout un nombre de réflexions qui vont au-delà de la seule présence du délai de grâce. C'est pourquoi le dispositif sera étudié dans son ensemble et plus en détails à un stade ultérieur. On se contentera ici de quelques observations.

On sait que le principe de la résolution unilatérale repose sur un déplacement du pouvoir de contrôle du juge qui intervient non plus *a priori* mais *a posteriori*. Par là-même, la décision de résoudre le contrat revient en premier lieu au créancier et non au juge, dans les limites fixées par la loi ; c'est donc lui le véritable auteur de la rupture. Aussi la faculté accordée au juge d'octroyer au débiteur un délai d'exécution supplémentaire *a posteriori* a de quoi surprendre<sup>69</sup>.

Au vu de ce qui a été dit plus haut, on pouvait penser que la prérogative du juge d'accorder des délais de grâce était étroitement liée à son pouvoir de décider de l'*opportunité de prononcer* la résolution du contrat, caractéristique de son contrôle *a priori*. Or, voilà que le juge est autorisé à accorder un délai de grâce en réponse à un *droit* de résolution unilatérale du créancier.

Certes, la faculté d'octroyer un délai de grâce est prévue manifestement dans une hypothèse où la décision de rompre le contrat était injustifiée. On conçoit très bien que le juge puisse, en ce cas, *constater* que la manifestation de la volonté du créancier de rompre le contrat est dépourvue d'effet, et puisse ainsi ordonner l'exécution (forcée) du contrat, à condition qu'elle soit possible et souhaitée par le débiteur. Car ce faisant, le juge ne fait que vérifier si les conditions de la résolution (unilatérale) sont remplies et assure par là-même le respect de la force obligatoire du contrat<sup>70</sup>. En revanche, le pouvoir d'accorder, en sus, un délai de grâce au débiteur est

---

<sup>68</sup> V. l'art. 1158-1 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 110 al. 3 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 136 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013).

<sup>69</sup> Comp. S. WHITTAKER, « A "period of grace" for contractual performance ? », in *Liber Amicorum Guido ALPA. Private Law Beyond the National Systems*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 1100 : « Given that termination for breach of contract is an act of the creditor, in principle there is no room in English law for the courts to be empowered to give the debtor further time to perform ».

<sup>70</sup> V. en ce sens S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois* 2002, art. 37688, n° 30, p. 389 ; A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », *PA* 2 octobre 2002, p. 7 et s.

d'une toute autre nature. Il a un caractère « constitutif » : en octroyant un délai d'exécution, le juge *crée* une situation juridique nouvelle qui n'existait pas auparavant. Ce faisant, il s'immisce dans le sort du contrat<sup>71</sup>. C'est un aspect dont étaient bien conscients déjà les rédacteurs du Code civil. L'immixtion est d'autant plus redoutable que les conditions d'octroi du délai d'exécution n'ont pas été déterminées par la loi.

**397.** Le maintien de cette prérogative judiciaire dans le cadre de la résolution unilatérale du contrat a une forte charge symbolique. Comme l'a montré une étude, cette faculté de délai concentre en elle une part importante de l'esprit de la résolution en droit français : elle est le premier héritage du droit canonique, la marque de l'humanisme voulu et formulé comme tel par les rédacteurs de 1804, elle est enfin aux yeux de certains la preuve de la préférence de principe donnée par le droit français à l'exécution du contrat<sup>72</sup>. Elle est aussi, comme on l'a vu, la manifestation la plus nette du pouvoir modérateur du juge, de son pouvoir d'appréciation.

Aussi sa présence est-elle un signal fort et pourrait constituer un indicateur de l'étendue du contrôle pouvant être opéré par le juge *a posteriori*. Comme l'ont concédé certains rédacteurs, le contrôle peut être envisagé de plusieurs manières. A ce titre, deux directions sont envisageables : soit le juge disposera d'un véritable pouvoir de contrôle, lui permettant de porter une appréciation réelle de la mise en œuvre et de l'opportunité (!) de la prérogative unilatérale de décider de la résolution, soit il ne fera qu'entériner une décision prise par le créancier, en se contentant d'en sanctionner l'abus<sup>73</sup>. La consécration du classique délai de grâce pourrait être un puissant argument au soutien de la première direction, qui a d'ailleurs les faveurs de la doctrine. Nul doute que le juge recouvrerait alors un pouvoir discrétionnaire *a posteriori*<sup>74</sup>. On renouerait alors avec l'article 1184 C. civ.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> V. en ce sens également Th. GENICON, th. préc., n° 536.

<sup>72</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 357.

<sup>73</sup> V. J. ROCHFELD, « La proposition de réforme des sanctions de l'inexécution du contrat dans l'Avant-projet de réforme du Code civil français et l'influence européenne », art. préc., p. 206 ; la même, « Résolution et exception d'inexécution », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 230 et s.

<sup>74</sup> C'est bien un pouvoir discrétionnaire du juge que décèlent également les observateurs étrangers dans le dispositif français, d'un œil souvent critique : v. O. LANDO, « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les Principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences », RDC 2006, p. 167 et s. ; H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le "droit européen des contrats" : perspective de la *Law Commission* anglaise », art. préc., p. 135 et s. ; S. WHITTAKER, « A "period of grace" for contractual performance ? », art. préc., spéc. p. 1091 et 1111 ; Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, *op. cit.*, p. 215 et s.

<sup>75</sup> V. en ce sens Th. GENICON, th. préc., n° 663, à propos de l'art. 1158-1 de l'avant-projet CATALA.

**398.** Une telle orientation peut sembler contraire à l'esprit de la résolution unilatérale, qui répond à un impératif de rapidité, donc d'efficacité économique. Ce n'est pas un hasard si la plupart des instruments internationaux d'unification du droit n'ont pas conféré au juge le pouvoir d'accorder un délai de grâce au débiteur<sup>76</sup>. On peut regretter que les auteurs des avant-projets de réforme soient restés silencieux sur les raisons qui les ont poussés à préserver l'institution du délai de grâce<sup>77</sup>. Selon un observateur avisé, il faudrait y voir le signe que cette concession à la loi du marché, qu'emporte la résolution « sans juge », ne doit pas se solder par un abandon des valeurs traditionnelles du modèle contractuel français (sauvegarde du principe moral du respect de la parole donnée et humanisme)<sup>78</sup>.

En un sens donc, le délai de grâce français va à contre-courant de l'évolution européenne. Vu sous cet angle, il n'apparaît nullement progressiste, bien qu'il puisse servir à « sauver le contrat », du moins à en assurer sa stabilité. En définitive, il témoigne bien plus de la méfiance du droit français à l'égard d'une efficacité économique qui est elle « destructrice » du lien contractuel. Il n'est donc pas étonnant qu'on ne retrouve pas cette institution dans la plupart des autres droits étrangers et dans les projets d'un droit européen des contrats qui se veulent plus « modernes ».

## SECTION II - L'INSTITUTION ALLEMANDE DE LA NACHFRIST

**399.** On envisagera successivement ce qui fait la spécificité de la *Nachfrist* allemande (§ 1), ses fondements (§ 2) et son fonctionnement (§ 3) avant de s'interroger sur les raisons de son succès à l'étranger (§ 4).

---

<sup>76</sup> Certains, comme la CVIM, ont écarté explicitement cette possibilité (v. les art. 45 al. 3 et 61 al. 3). Dans les PDEC, l'exclusion découle de la lecture et de l'esprit des textes (dans le commentaire accompagnant l'art. 9.301 relatif à la résolution, la Commission LANDO indique clairement que la résolution n'est pas judiciaire et que le juge n'a pas le pouvoir d'accorder un délai de grâce : v. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, p. 372 et 374). Le projet français de révision des PDEC a cru bon de l'exclure explicitement et a, pour ce faire, ajouté un alinéa 5 à l'art. 8.106 des PDEC, qui dispose : « Le délai [supplémentaire pour l'exécution] est déterminé en fonction des circonstances et du type d'obligation considérée. Il ne peut être accordé que par le créancier et non par le juge ou l'arbitre » (v. *Principes contractuels communs, op. cit.*, p. 650). Dans ces instruments, l'exclusion du délai de grâce est d'ailleurs plus large puisqu'elle concerne tous les moyens pouvant être invoqués en cas d'inexécution du contrat.

<sup>77</sup> Nulle explication n'est donnée dans l'exposé des motifs respectifs.

## § 1. PHYSIONOMIE

**400.** L'équivalent allemand du délai de grâce français a la particularité d'être placé entre les mains du créancier et non du juge (A), ce qui s'explique par l'aversion qu'éprouve le droit allemand à l'égard des délais judiciaires (B).

### A. L'AVERSION DU DROIT ALLEMAND POUR LES DÉLAIS JUDICIAIRES

**401.** Contrairement au droit français, le droit allemand est très réfractaire à l'idée de conférer au juge le pouvoir d'accorder des délais de grâce. Cette hostilité à l'égard des délais judiciaires ne date pas d'hier, elle remonte très loin dans le temps. Elle se manifeste à divers endroits.

Cette hostilité s'est manifestée tout d'abord en rapport avec la résolution du contrat pour inexécution, qui est l'hypothèse qui nous intéresse essentiellement ici.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, le pas décisif vers la reconnaissance d'un droit de résolution unilatérale du contrat, caractéristique du BGB de 1900, a été fait par le Code de commerce général allemand (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*) de 1861<sup>79</sup>. Sa préparation a été facilitée par l'existence d'un projet de code de commerce prussien (*Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten*<sup>80</sup>), paru en 1857, qui a constitué le point de départ des réflexions. Ce dernier donnait un bon aperçu des divers systèmes de résolution alors en vigueur puisqu'il avait lui-même pris en considération le droit prussien, le droit français et le « droit commun » (*gemeines Recht*<sup>81</sup>).

<sup>78</sup> D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Paris, Economica, 2009, n° 19, p. 347 et s. L'auteur a participé à la préparation de l'avant-projet CATALA.

<sup>79</sup> Nous nous appuyons ici et dans la suite du paragraphe sur la très riche étude de Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, op. cit., p. 123-127.

<sup>80</sup> *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, nebst Motiven*, Erster Theil, Entwurf, Zweiter Theil, Motive, Berlin, 1857 (les deux tomes sont accessibles en ligne sur GoogleBooks).

<sup>81</sup> Sur ce « droit commun », v. H. COING, *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, Bd. I : *Älteres Gemeines Recht*, München, C.H. Beck, 1985 ; J. KRYNEN, « Avant la construction européenne : le patrimoine juridique commun de l'Europe », conférence tenue à l'Académie de législation le 8 mars 2012 (une brève rétrospective a été publiée à la JCP 2012, n° 18, 562). A la fin du Moyen Âge, l'expression « droit commun » désigne



402. Les auteurs du projet de code de commerce prussien avaient opté pour leur part pour un principe général de résolution du contrat pour inexécution à l'image de l'article 1184 C. civ. L'article 250 du projet prévoyait qu'en cas de retard ou de mauvaise exécution, le créancier avait le choix ou de forcer l'autre à l'exécution et à la réparation du dommage résultant du retard, *ou de demander au tribunal la résolution du contrat et des dommages-intérêts*<sup>82</sup>. Les rédacteurs avaient donc prévu une résolution *judiciaire* du contrat. Ce système leur paraissait tout à fait en adéquation avec les besoins du commerce. Il leur semblait en tout cas préférable au *gemeines Recht*, qui avait assigné au principe de la force obligatoire du contrat une portée tellement absolue que la résolution n'était quasiment pas admise<sup>83</sup>, et préférable également au droit prussien, dont les règles casuistiques s'étaient avérées trop complexes en pratique. C'est d'ailleurs à cette occasion que les auteurs ont discuté amplement des mérites d'un système de résolution judiciaire du contrat par rapport à un système de résolution unilatérale, souhaitée par certains.

Ce qui est révélateur ici, c'est que tout en vantant les mérites du système français, les auteurs du projet de code de commerce prussien ne sont toutefois pas allés jusqu'à conférer au tribunal le pouvoir d'accorder un délai de grâce au débiteur avant de prononcer la résolution du contrat. Une telle faculté leur paraissait en effet difficilement conciliable avec les besoins du commerce<sup>84</sup>.

---

l'ensemble des règles et des principes que la doctrine romano-canonique a tiré des compilations justiniennes (Empereur du 6<sup>e</sup> siècle). Il s'agit d'un droit savant qui a donné lieu à une littérature européenne en latin, et qui a eu un rôle essentiel dans la formation des juristes au sein des universités et une influence réelle sur la pratique, notamment judiciaire. En Allemagne, la création du Tribunal d'Empire (*Reichskammergericht*) en 1495 a été un événement décisif puisqu'il adopta immédiatement ce droit savant : les litiges devaient être tranchés selon le droit romain et le droit canon, et selon les statuts et les coutumes, dans la mesure où ils étaient établis et reconnus. Bien qu'il n'ait pas été exclusif des autres droits, et qu'il fût même « subsidiaire », ce « droit commun » a eu une autorité très forte jusqu'à l'entrée en vigueur du BGB. A partir du XVI<sup>e</sup> siècle, le droit romain était bien devenu le droit *commun* de l'Empire (*gemeines Recht*).

<sup>82</sup> § 250 preußischer HGB-Entwurf : « Wenn bei einem zweiseitigen Verträge, welcher von Seiten eines oder von Seiten beider Theile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten, oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern ».

<sup>83</sup> Dans les rares cas où elle était autorisée, la résolution opérait toutefois par notification.

<sup>84</sup> V. *Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, nebst Motiven*, Zweiter Theil, Motive, Berlin, 1857, p. 132 : « Dagegen ist mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs und auf die Schwierigkeit, den Gang der Handelsverhältnisse im Voraus zu ermessen, im Entwurf von der im französischen Rechte dem Richter ertheilten Ermächtigung abgesehen worden, wonach er je nach den Umständen durch ein Urtheil noch eine Frist zur Erfüllung gestatten kann, bevor die Auflösung des Vertrages ausgesprochen wird ». Comme s'ils cherchaient encore à se justifier, les auteurs du projet de code de commerce prussien relèvent dans la foulée qu'en droit commercial français, le délai de grâce ne serait quasiment pas utilisé.

Si l'exclusion du délai de grâce, et par-là du pouvoir d'appréciation du juge, est justifiée ici par la spécificité de la matière réglée, ce choix n'en est pas moins caractéristique d'une tendance plus générale qui consiste à dénier au juge tout pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre d'un remède, fût-il de nature judiciaire.

L'étude de l'exécution forcée en nature a montré que la conception allemande de l'office du juge a été fortement influencée par les enseignements de l'Ecole Pandectiste, qui a fait suite à l'Ecole historique<sup>85</sup>. En accordant à la notion de droit subjectif une place centrale, l'ensemble du système juridique a été habité par le « volontarisme », c'est-à-dire par un mouvement idéologique valorisant le pouvoir de la volonté individuelle<sup>86</sup>. De là est résultée une conception restrictive du rôle du juge : sur la base d'une séparation stricte entre le droit privé (*Privatrecht*) et le procès civil (*Zivilprozess*), considéré comme partie intégrante du droit public, la notion centrale de droit subjectif a assigné au procès, et par-là au juge, la seule fonction de servir à la réalisation de ce droit<sup>87</sup>.

Même dans les hypothèses où le législateur confère au seul tribunal le pouvoir de créer, de modifier ou de mettre un terme à une situation juridique, comme en matière de résolution, la doctrine identifie toujours derrière le jugement (« constitutif ») un droit subjectif de la partie intéressée, le droit d'obtenir du juge la modification demandée<sup>88</sup>. Nous aurons l'occasion d'y revenir dans le titre consacré à la résolution pour inexécution. C'est dire que par principe, le juge n'a plus aucun droit d'appréciation et ne peut qu'enregistrer la décision de la partie intéressée. C'est bien sur ce modèle qu'avait été conçue la résolution judiciaire dans le projet de code de commerce prussien<sup>89</sup>. Et l'on comprend alors que la consécration du délai de grâce

<sup>85</sup> Sur ce point, v. Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, *op. cit.*, spéc. p. 92 et s. On rappellera ici que l'Ecole Pandectiste entendait pour sa part revenir à l'étude du droit romain à l'état pur, c'est-à-dire au droit romain tel qu'il ressortait du *Corpus juris civilis* (les compilations de Justinien) et non pas tel qu'il avait été aménagé et amendé par les glossateurs, qui furent à l'origine de ce droit savant appelé le « droit commun ».

<sup>86</sup> V. J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, p. 154. SAVIGNY avait introduit en effet, dans la définition du droit subjectif, les idées de pouvoir de volonté, de maîtrise exclusive dans un domaine concédé par le droit objectif.

<sup>87</sup> Ch. HATTENHAUER, *ibid.*, p. 95 : « In strenger Trennung des Privatrechts vom Zivilprozess als Teil des öffentlichen Rechts wies der Zentralbegriff des subjektiven Rechts dem Prozess und damit dem Richter allein die Funktion zu, der Durchsetzung dieses Rechts zu dienen ». Adde H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>88</sup> Très net sur ce point : E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht », in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. DÖLLE*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 55. Selon l'auteur : « Wir sind zu leicht geneigt, die materiellrechtliche Betrachtungsweise dort aufzugeben, wo behördliche Mitwirkung ins Spiel kommt. (...) sollten wir (...) bemüht bleiben, hinter dem Aktionensystem der doch im materiellen Recht verankerten Gestaltungs-klagen das zugrunde liegende *subjektive Privatrecht* nicht aus dem Auge zu verlieren. Auf seiner Verleihung liegt der Nachdruck und nicht auf der vorgeschriebenen Form der Ausübung, (...) ».

<sup>89</sup> V. sur ce point Ch. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 127 (qui parle de « Gestaltungs-klagerecht »).

serait allée à l'encontre de ce modèle puisque par son intermédiaire, on aurait doté le juge d'un large pouvoir d'appréciation, voire même du pouvoir de décider de l'opportunité de prononcer la résolution du contrat.

**403.** L'hostilité du droit allemand à l'égard des délais judiciaires s'est manifestée également en dehors du domaine de la résolution du contrat, dans le cadre plus général du paiement ou de l'exécution forcée.

**404.** A commencer par le code de procédure civile de 1877, élaboré, on l'a vu, avant le BGB, et pour qui la fonction première du juge était d'accorder des droits et non de les modifier ou de les créer<sup>90</sup>. C'est sur la base de ce postulat que ce code a dénié au juge tout pouvoir de modérer les rigueurs de la loi, en particulier en matière d'exécution forcée. A ce titre, il est venu abroger expressément les dispositions des « droits particuliers » qui prévoyaient l'octroi de moratoires ou de délais de paiement judiciaires en cas de condamnation du débiteur<sup>91</sup>. De telles dispositions ne pouvaient que contrevenir au but suprême de la matière, consistant à garantir rapidement et efficacement le droit du créancier<sup>92</sup>.

**405.** De même, le BGB ne connaît pas d'équivalent à l'article 1244-1 C. civ. Pour les obligations monétaires, c'est l'adage « Geld muss man haben » (« l'argent, il faut en avoir ») qui prévaut, qui signifie que l'on est toujours tenu responsable pour son manque d'argent<sup>93</sup>.

Le débiteur insolvable ne peut se libérer en invoquant l'impossibilité d'exécution (§ 275 BGB)<sup>94</sup> et ne peut espérer obtenir du juge un quelconque délai de paiement. C'est rappeler ici que le contrat est un instrument de liberté et de

<sup>90</sup> V. à ce titre K. GEIGER, *Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse*, Diss. Tübingen, Tübingen, Böhlze, 1941, p. 15.

<sup>91</sup> V. K. GEIGER, *op. cit.*, p. 16, qui relève : « In § 14 Abs. 2 Ziff. 4 EG ZPO ist ausdrücklich bestimmt, daß die landesrechtlichen Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urteilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei Verurteilung Zahlungsfristen zu gewähren, außer Kraft treten ».

<sup>92</sup> V. K. GEIGER, *ibid.* : « Solche Vorschriften würden, so heißt es in den Motiven zu dieser Gesetzesstelle, dem letzten Zweck einer "rationalen Exekutionsgesetzgebung" zuwiderlaufen, der der sei, dem Gläubiger "eine rasche und energische Rechtshilfe" zu gewähren ».

<sup>93</sup> Sur cet adage, v. D. MEDICUS, « "Geld muß man haben". Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel », AcP 188 (1988), p. 489 et s., spéc., p. 493 : « Für Geldmangel hat man einzustehen, ohne daß es auf ein persönliches Verschulden ankäme ». En clair, il s'agit ici d'une responsabilité sans faute. La maxime s'applique toujours après la réforme du droit allemand des obligations de 2002 : v. S. LORENZ, Th. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, C.H. Beck, 2002, n° 177.

<sup>94</sup> La même solution prévaut dans les PDEC, où il est souligné que l'insolvabilité ne peut être normalement considérée comme un empêchement au sens de l'art. 8.108 (Exonération résultant d'un empêchement) : v. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, p. 343.

responsabilité. On considère à ce titre que la protection d'un individu ne peut commencer que là où il n'est pas en mesure de se protéger lui-même<sup>95</sup>. Car fait-on observer : « Le droit civil ne peut pas faire de cadeaux qui ne devraient pas être payés en définitive par quelqu'un (d'autre) »<sup>96</sup>.

**406.** Si le délai de grâce n'a pas droit de cité dans le BGB, le législateur allemand n'a toutefois pas hésité à instituer des moratoires lorsque des circonstances exceptionnelles l'exigeaient. Le moratoire s'apparente au délai de grâce en ce qu'il constitue, comme lui, une mesure de suspension des poursuites profitant au débiteur à raison des circonstances rendant difficile, voire impossible, l'exécution de ses obligations<sup>97</sup>. Seulement, tandis que le délai de grâce présente un caractère individuel et intègre la situation particulière du débiteur, le moratoire est une mesure collective accordée, soit à certaines catégories de débiteurs, soit pour certaines catégories de dettes en considération de circonstances générales indépendantes de la personne du débiteur (période de guerre, crise économique...)<sup>98</sup>. Ce sont donc certaines lois ou règlements d'exception, temporaires, qui ont autorisé les tribunaux à octroyer des délais de paiement ou plus généralement des délais d'exécution<sup>99</sup>. Certaines lois sont allées jusqu'à conférer au juge le pouvoir de réduire les obligations ou le pouvoir de résoudre les contrats<sup>100</sup>.

Il est intéressant de noter que la doctrine allemande a qualifié toutes ces prérogatives judiciaires exceptionnelles d'« aide au contrat » (*Vertragshilfe*). Le terme *Vertragshilfe* renvoie donc spécifiquement, en droit allemand, aux *lois d'exception* qui autorisent le juge à suspendre le contrat et à modifier le contenu initial d'un rapport d'obligation<sup>101</sup>. Sur le fond, il s'agit bien d'une immixtion du juge

<sup>95</sup> K. RIESENHUBER, « § 1 Privatrechtsgesellschaft : Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht », in K. RIESENHUBER (dir.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 9 (« Prinzip der Selbstverantwortung »).

<sup>96</sup> V. K. RIESENHUBER, art. préc., p. 9, qui reprend à son compte une affirmation de D. MEDICUS, exprimée dans son article préc. : « Geld muß man haben ». Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel », *AcP* 188 (1988), p. 508 : « Das Zivilrecht kann eben keine Geschenke machen, die nicht doch von jemanden zu bezahlen wären ».

<sup>97</sup> J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, op. cit., n° 610.

<sup>98</sup> *Ibid.*

<sup>99</sup> V. par ex. : *Verordnung über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen* du 7 août 1914 (RGBl, p. 359). Pour le droit français, v. les ex. donnés par F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 1204.

<sup>100</sup> Pour un aperçu général de ces mesures d'exception, prises à partir de la première guerre mondiale, v. E. SAAGE, *Vertragshilfegesetz*, Berlin et F.a. M., Vahlen, 1952, p. 2-11.

<sup>101</sup> V. E. SAAGE, *Vertragshilfegesetz*, *ibid.*, p. 1 : « Richterliche Vertragshilfe bedeutet hilfreiche Mitwirkung des Richters bei Abschluß eines den ursprünglichen Inhalt des Rechtsverhältnisses abändernden Vertrages, gleichgültig, ob das Rechtsverhältnis auf einem Verträge, einem einseitigen Rechtsgeschäft oder auf Gesetz

dans le contrat<sup>102</sup> mais le droit allemand préfère parler plus positivement d'aide au contrat : le juge apparaît ici davantage comme l'allié des contractants plutôt que comme leur ennemi.

### ***B. LA NACHFRIST : UN DÉLAI D'EXÉCUTION ACCORDÉ PAR LE CRÉANCIER***

**407.** Si en principe donc, le débiteur ne peut obtenir de délai de grâce de la part du juge, il ne faudrait pas en conclure toutefois que celui-ci est privé de toute clémence, de tout délai d'exécution. Bien au contraire, celui-ci bénéficie, plus fréquemment qu'en droit français d'ailleurs, de délais d'exécution qui ont la particularité d'être accordés non pas par le juge mais par le créancier lui-même. Ce délai supplémentaire d'exécution octroyé par le créancier est appelé *Nachfrist*.

A elle seule, la *Nachfrist* constitue déjà une belle leçon d'efficacité économique, en ce qu'elle est actionnée par le créancier et non par le juge. Elle s'est unilatéralisée si l'on peut dire.

**408.** En même temps, elle a pris les atours d'une obligation et non plus d'une simple faculté : le créancier est *tenu* d'impartir un délai supplémentaire d'exécution au débiteur pour faire valoir ses droits aux dommages-intérêts, à la résolution du contrat ou encore à la réduction du prix (comp. les § 281 al. 1, 323 al. 1. et 441 al. 1 BGB), appelés « droits secondaires » (*Sekundärrechte*).

Cela n'a pas empêché un auteur français de considérer qu'il s'agissait bien là d'un véritable délai *de grâce*, étant donné que le délai est accordé par le créancier *après* l'échéance<sup>103</sup>. Cette exigence a été rappelée récemment par la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*)<sup>104</sup>.

beruht » ; « Der Ausdruck "Vertragshilfe" bezieht sich nicht auf das Objekt der richterlichen Hilfe, sondern auf ihr Ziel ». L'expression d' « aide judiciaire au contrat » (*richterliche Vertragshilfe*) a été employée pour la première fois dans la loi relative aux intérêts d'hypothèque (*Gesetz über Hypothekenzinsen*) du 2 juillet 1936.

<sup>102</sup> V. E. SAAGE, *Vertragshilfegesetz*, *ibid.*, p. 1 : « Sie [richterliche Vertragshilfe] bedeutet, daß in den Fällen, in denen ein billiger und gerechter Ausgleich der Rechte und Pflichten von Gläubiger und Schuldner im Wege gütlicher Vereinbarung nicht herbeigeführt werden kann, der Staat die Hilfe des Richters zur Verfügung stellt, um notfalls auch gegen den Willen eines Beteiligten den Ausgleich im Wege rechtsgestaltenden Eingriffs in das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner herbeizuführen » (nous soulignons).

<sup>103</sup> V. L.-J. CONSTANTINESCO, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, préf. R. CASSIN, Paris, Rousseau & Cie, 1940, n° 94. En même temps, l'auteur constate quelques paragraphes plus

La *Nachfrist* trouve son origine, là encore, dans le Code de commerce général allemand (*Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch*) de 1861<sup>105</sup>. C'est lui qui a consacré pour la première fois le mécanisme, qui ne trouvait aucun précédent dans l'histoire et dans les droits étrangers.

Encore que l'on n'exclut pas que les auteurs du Code de commerce général allemand se soient inspirés du délai de grâce français tout en le plaçant entre les mains du créancier et non entre les mains du juge et en l'érigeant comme règle et non plus comme simple option<sup>106</sup>.

Toujours est-il que le mécanisme a été repris ensuite par les rédacteurs du BGB, de manière ponctuelle<sup>107</sup>. Les auteurs de la réforme du droit des obligations de 2002 l'ont généralisé. Il constitue ainsi une particularité du droit allemand<sup>108</sup>.

## § 2. FONDEMENTS

**409.** On observera d'emblée que le délai de grâce allemand, la fameuse *Nachfrist*, donne lieu lui aussi à plusieurs analyses. Certains lui attribuent un fondement moral (A), d'autres un fondement économique (B).

loin (n° 96) : « Seulement les rédacteurs du BGB n'ont pas vu qu'en rendant le délai obligatoire, ils lui enlevaient le caractère de délai de grâce (qui est une faculté et non une obligation) ».

<sup>104</sup> BGH 7. Zivilsenat, 14.6.2012, VII ZR 148/10, BGHZ 193, p. 315, NJW 2012, p. 3714. L'arrêt rappelle que le créancier ne peut pas résoudre le contrat conformément au § 323 al. 1 BGB s'il a fixé le délai supplémentaire d'exécution *avant* l'échéance (« Fälligkeit »).

<sup>105</sup> V. l'art. 356 du Code de commerce général allemand (ADHGB) : « Will ein Kontrahent auf Grund der Bestimmungen der vorigen Artikel [Verzug] statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder von dem Vertrage abgehen, so muß er dies dem anderen Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts dies zuläßt, noch eine den Umständen angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren ».

<sup>106</sup> V. en ce sens C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », in *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan KROPHOLLER zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 10, note 17.

<sup>107</sup> V. l'ancien § 326 al. 1 BGB : « Lorsque, s'agissant d'un contrat synallagmatique, l'une des parties est en retard pour exécuter la prestation dont elle est redevable, l'autre partie peut lui impartir un délai raisonnable pour fournir cette prestation, avec déclaration qu'elle refusera d'accepter la prestation après l'expiration de ce délai. Si le délai est expiré, elle a le droit soit de réclamer des dommages-intérêts pour inexécution, soit de résoudre le contrat si la prestation n'est pas fournie à temps ; le droit de réclamer l'exécution est exclu. (...) » (trad. reprise de F. RANIERI, « Les sanctions de l'inexécution du contrat en droit allemand », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé, op. cit.*, p. 823).

<sup>108</sup> Selon les termes mêmes du législateur de 2002, la *Nachfrist* constitue le deuxième élément structurant (« Strukturmerkmal ») du nouveau droit allemand des troubles dans l'exécution du contrat, à côté du concept unitaire de « violation d'obligation » (« Pflichtverletzung ») : BT-Drucks. 14/6040, p. 92.

## A. UN FONDEMENT MORAL

**410.** En tout premier lieu, la doctrine y voit un instrument permettant d'assurer le principe de la force obligatoire du contrat. Ici, maintien du contrat (*Vertragserhaltung*) et force obligatoire du contrat (*Vertragsbindung*) sont étroitement liés : le maintien du contrat signifie tout simplement que le créancier est lié à sa parole même en cas d'inexécution<sup>109</sup>. On rejoint là la logique du droit français. On considère en effet qu'un droit des contrats qui repose sur le principe de la force obligatoire du contrat devrait éviter d'accorder au créancier le droit de se défaire du contrat en prenant prétexte uniquement de la défaillance contractuelle de son cocontractant alors qu'en réalité, il souhaite se délier de son engagement pour d'autres raisons<sup>110</sup>. La *Nachfrist* a donc pour fonction première de différer la résolution du contrat (fonction de maintien du contrat).

En même temps, elle œuvre, de façon positive, à l'exécution en nature du contrat (fonction de réalisation du contrat)<sup>111</sup>. A ce titre, il faut bien comprendre que la spécificité du modèle de la *Nachfrist* ne réside pas dans le fait que le créancier a le droit d'insister sur son droit à l'exécution mais dans le fait que le créancier ne peut poursuivre, dans un premier temps, *que* son droit à l'exécution en nature en cas d'inexécution<sup>112</sup>. En effet, l'exigence de la *Nachfrist* interdit au créancier de recourir à tout remède autre que l'exécution forcée en nature du contrat<sup>113</sup>.

Cette considération vient nuancer en même temps l'argument tiré du principe de la force obligatoire du contrat.

---

<sup>109</sup> S. LORENZ, « Vertragserhaltung im Kaufrecht », art. préc., p. 135 : « Sie [Vertragserhaltung] ist eine wichtige Ausformung des Grundsatzes der Vertragstreue ».

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>111</sup> Sur ces deux fonctions, v. U. G. SCHROETER, « Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts », AcP 207 (2007), p. 36 (« Vertragserhaltungsfunktion ») et p. 38 (« Vertragsdurchführungsfunktion »). Adde H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 243 : « Sinn der Nachfrist ist es, wie es üblicherweise heißt, dem Schuldner Gelegenheit zu geben, eine bereits begonnene Leistungshandlung zu vollenden ».

<sup>112</sup> V. H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 243.

<sup>113</sup> Il y a là une différence notable avec les PDEC qui prévoient, en leur art. 8.106 (2), que pendant le délai d'exécution, le créancier peut suspendre l'exécution de ses obligations corrélatives et demander des dommages-intérêts, mais ne peut se prévaloir d'aucun autre moyen. En clair, il ne peut agir en exécution.

## **B. UN FONDEMENT ÉCONOMIQUE**

**411.** Comme l'a relevé un auteur, si l'on peut parler d'un renforcement de la force obligatoire du contrat au travers le mécanisme de la *Nachfrist* lorsqu'est en jeu la résolution du contrat, il n'en va pas de même lorsque sont en cause les dommages-intérêts<sup>114</sup>.

Exiger du créancier qu'il impartisse un délai supplémentaire au débiteur avant de pouvoir demander des dommages-intérêts, à l'image de ce qui est exigé pour la résolution du contrat, ne va pas de soi. En effet, cette demande ne conduit pas à anéantir le lien contractuel obligatoire (*Aufhebung der Bindung an den Vertrag*)<sup>115</sup>. Comme l'a formulé le législateur de 2002, les dommages-intérêts à la place de la prestation (*Schadensersatz statt der Leistung*) ne remplacent pas l'exécution mais la prestation prévue initialement au contrat, et qui ne peut plus être exigée. Bien au contraire, le paiement des dommages-intérêts est lui aussi une exécution<sup>116</sup>. C'est dire que l'exigence du délai repose sur des considérations étrangères à l'adage *pacta sunt servanda* lorsque sont en cause les dommages-intérêts.

Celles-ci seraient de nature pragmatique : par le délai supplémentaire, les parties sont contraintes de coopérer, au moins de procéder à une tentative de sauvetage du contrat avant que le débiteur ne demande aux tribunaux une compensation financière<sup>117</sup>. Si la solution peut apparaître opportune au regard de l'intérêt des parties au contrat, il est certain en tout cas que la solution conduit à désencombrer les tribunaux et à éviter les coûts de transaction<sup>118</sup>.

Et nous voilà dans la sphère de l'économique. La doctrine s'accorde à dire que le mécanisme de la *Nachfrist* est motivé également, voire essentiellement pour certains, par des considérations économiques<sup>119</sup>.

---

<sup>114</sup> H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, op. cit., p. 245 et s.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>116</sup> BT-Drucks. 14/6040, p. 137 : « Denn dieser Schadensersatzanspruch [Schadensersatz statt der Leistung] tritt nicht an die Stelle der Erfüllung, sondern an die Stelle der primär geschuldeten Leistung, die nicht mehr verlangt werden kann ; vielmehr bedeutet auch die Leistung von Schadensersatz Erfüllung (nämlich der auf Schadensersatz gerichteten Verbindlichkeit) ».

<sup>117</sup> H. UNBERATH, *ibid.*, p. 246.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> V. en particulier U. G. SCHROETER, art. préc., p. 37.



412. Cela est particulièrement vrai en droit de la vente où l'obligation faite à l'acheteur d'impartir un délai supplémentaire au vendeur pour pouvoir faire valoir ses droits « secondaires » confère au vendeur le « droit » de corriger une exécution non conforme (*Recht zur zweiten Andienung*<sup>120</sup>). La *Nachfrist* lui donne en effet une deuxième chance de gagner la totalité du prix de vente et d'éviter ainsi les inconvénients économiques liés à une liquidation du rapport contractuel<sup>121</sup>. On songe ici aux coûts de transaction inhérents à la restitution des prestations, et à la difficulté que peut rencontrer le vendeur de remettre le bien restitué sur le marché, ce qui l'empêcherait en définitive d'amortir ses dépenses liées à une exécution partielle<sup>122</sup>. Bien que le législateur ait pris le soin de préciser que la primauté ainsi conférée à l'« exécution corrective » (*Nacherfüllung*) répond aux intérêts des *deux parties* au contrat<sup>123</sup>, l'acheteur obtenant ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, la jurisprudence et une grande partie de la doctrine n'en pensent pas moins qu'elle sert exclusivement les intérêts économiques du vendeur<sup>124</sup>.

Au-delà des seuls intérêts économiques du vendeur, il y va de l'intérêt de l'économie nationale dans son ensemble : le législateur n'a pas manqué d'observer que permettre à l'acheteur d'invoquer immédiatement la résolution du contrat ou la réduction du prix, sans que le vendeur puisse détourner ces « droits » en procédant à la réparation ou au remplacement du bien, ne correspondait pas aux intérêts légitimes du vendeur et n'était pas judicieux non plus d'un point de vue économique global<sup>125</sup>.

<sup>120</sup> BT-Drucks. 14/6040, p. 89.

<sup>121</sup> Selon les termes mêmes du législateur : v. BT-Drucks. 14/6040, p. 221 : « Der Verkäufer bekommt so eine letzte Chance, den mit der Rückabwicklung des Vertrags verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden ».

<sup>122</sup> S. LORENZ, « Vertragserhaltung im Kaufrecht », art. préc., p. 122. V. également U. G. SCHROETER, art. préc., p. 40, qui perçoit dans le « droit à l'exécution corrective » du vendeur le moyen de lui éviter d'avoir à reprendre l'objet de sa prestation matérielle, donc un moyen d'écouler sa marchandise (« Absatzfunktion »).

<sup>123</sup> BT-Drucks. 14/6040, p. 89 et 221.

<sup>124</sup> V. en particulier BGH 5. Zivilsenat, 8.12.2006, V ZR 249/05, pt. 14 : « Nach den Materialien zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz dient der Vorrang der Nacherfüllung *allein* dem Zweck, dem Verkäufer eine Chance zu geben, den mit der Rückabwicklung verbundenen wirtschaftlichen Nachteil abzuwenden (...) » (nous soulignons) ; B. DAUNER-LIEB, « Die Nacherfüllung – Ein Irrweg ? », in O. REMIEN (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht. Zwischenbilanz und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 192-194.

<sup>125</sup> BT-Drucks. 14/6040, p. 89 (« volkswirtschaftlich nicht sinnvoll »). Pour une critique, v. B. DAUNER-LIEB, art. préc., p. 194 (qui considère que permettre à l'acheteur d'un bien défectueux de résoudre immédiatement le contrat ou de réduire le prix pourrait inciter au contraire le vendeur à exécuter de façon conforme dès le départ). L'auteur rejoint ici une opinion française qui, appréciant la valeur des PDEC, a pu considérer que le libre choix des moyens accordé au créancier par lesdits Principes incitait fortement le débiteur à s'exécuter : v. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, op. cit., p. 618.

Qu'un tel système profite davantage au vendeur qu'à l'acheteur ressort également des critiques récurrentes formulées par la doctrine française à l'encontre de l'ordonnancement des remèdes établi par la directive européenne sur la vente de 1999, qui a servi de modèle au législateur allemand<sup>126</sup>. En France, nombreux sont les auteurs qui considèrent en effet que si le principal avantage de la directive est de multiplier les remèdes dont l'acheteur peut se prévaloir, l'amélioration qui en résulte se voit paralysée en quelque sorte par l'instauration de la hiérarchie énoncée à l'article 3<sup>127</sup>. Celle-ci est ressentie par beaucoup comme une restriction des droits de l'acheteur, et comme une atteinte à la protection du consommateur. On rejoint là la critique formulée par une partie de la doctrine allemande<sup>128</sup>. En raison du caractère minimaliste du texte européen (v. l'art. 8.2 de la directive), il aurait été possible de favoriser une liberté de choix des remèdes par le consommateur pour lui conférer une protection plus effective. Or, on sait que ce n'est pas la voie qui a été suivie non plus par l'ordonnance du 17 février 2005, transposant ladite directive dans le Code de la consommation<sup>129</sup>.

Mais c'est celle qui a été suivie récemment par la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente. Le signal est donc fort. En effet, l'instrument a supprimé tout droit de correction (*right to cure*) du vendeur lorsque l'acheteur est consommateur. Ce faisant, il a mis fin à la primauté de l'exécution en nature et a porté en même temps un coup sévère au principe de faveur pour le contrat pourtant énoncé au considérant 32.

Comme l'exprime l'article 106 al. 3, « les droits de l'acheteur [consommateur] ne sont pas soumis au droit de correction du vendeur », ce qui signifie que le consommateur est libre de choisir entre les divers remèdes énumérés à l'alinéa 1<sup>er</sup> du même article (exécution en nature, suspension de sa propre exécution, résolution du contrat, réduction du prix, dommages-intérêts) et qu'il n'est pas obligé d'accepter une correction éventuelle proposée par le vendeur professionnel.

---

<sup>126</sup> Ce qui n'empêche pas certaines différences entre le droit allemand et la directive relative à la vente.

<sup>127</sup> V. notamment G. PIGNARRE, « Les droits de l'acheteur dans la directive du 25 mai 1999 relative à la vente : actualité d'un texte communautaire à la veille de sa transposition », PA 27 octobre 2004, p. 5 et s. (avec d'autres références).

<sup>128</sup> V. en particulier B. DAUNER-LIEB, art. préc., p. 193.

<sup>129</sup> V. l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 et les art. L. 211-1 à L. 211-18 C. consom., spéc. les art. L. 211-9 et L. 211-10.

Cette décision de politique juridique renforce assurément le niveau de protection des consommateurs<sup>130</sup>. D'autant plus que l'article 106 a un caractère impératif (v. l'article 108), ce qui interdit donc au vendeur professionnel de stipuler à son profit un droit de correction dans le contrat. Le tournant opéré démontre à lui seul les intérêts qui sont en cause derrière des questions d'apparence technique.

C'est ce caractère technique de l'institution allemande qu'il convient d'envisager à présent, à savoir sa mise en œuvre.

### § 3. MISE EN ŒUVRE

**413.** Si par principe, le jeu de la *Nachfrist* opère sans le juge (A), ce dernier n'en joue pas moins un rôle résiduel (B).

#### A. LA FIXATION D'UN DÉLAI D'EXÉCUTION PAR LE CRÉANCIER

**414.** Parmi les divers systèmes qui prévoient un « droit de correction » du vendeur, le système allemand est le plus rigide mais le plus sûr également<sup>131</sup>. Cela tient au fonctionnement même de la *Nachfrist*.

En effet, le droit allemand exige du créancier qu'il *fixe* lui-même un délai supplémentaire au débiteur (*Verfahren der Fristsetzung*). Cette procédure, qui oblige les parties à coopérer, augmente la probabilité que la prestation soit encore réellement

---

<sup>130</sup> Il n'est donc pas étonnant qu'elle ait été accueillie avec beaucoup de réserves de la part des acteurs économiques : v. Ch. GROß, « Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – “Moderner Ansatz oder praxisferne Vision ?” », EuZW 2012, p. 522 ; D. NORGUET, « Proposition de règlement portant création d'un “droit commun européen de la vente” », Réaction de la CCIP, Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise avec la participation de la Commission du commerce et des échanges et adopté à l'Assemblée générale du 21 juin 2012, p. 25 et s. (rapport consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr)). L'abandon de la hiérarchie des remèdes en cas de mauvaise exécution est considéré comme un facteur coût pour les professionnels, de nature à contrecarrer la diminution des coûts de transaction, censée intervenir grâce à un corps unique de règles applicable dans toute l'Union (v. COM (2011) 635 final, p. 5).

<sup>131</sup> On notera que le modèle allemand de la *Nachfrist*, qui exige du créancier qu'il impartisse lui-même un délai au débiteur pour pouvoir se prévaloir de certains droits, s'est imposé dans un autre contexte, celui de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. Pour pouvoir résoudre le contrat en cas de manquement du professionnel à son obligation de livraison, le consommateur doit *lui enjoindre* d'effectuer la livraison dans un délai supplémentaire adapté aux circonstances (v. l'art. 18 al. 2 de la directive).

exécutée. Lorsque le délai court de plein droit (délai légal), le risque d'un échec contractuel est plus grand.

C'est le système qu'a adopté la directive européenne sur la vente : contrairement aux exigences posées par le droit allemand (v. les § 281 et 323 BGB), l'article 3.5 de la directive n'exige pas que l'acheteur fixe un délai supplémentaire au vendeur afin de pouvoir passer à la réduction adéquate du prix ou à la résolution du contrat. Il suffit que le vendeur n'ait pas mis en œuvre le mode de dédommagement (réparation ou remplacement du bien) dans un délai raisonnable<sup>132</sup>.

En dépit de ces différences, le « sauvetage » du contrat est opéré dans les deux systèmes sans l'intermédiaire du juge. Ce dernier ne joue qu'un rôle d'appoint.

## ***B. LE RÔLE RÉSIDUEL DU JUGE***

**415.** *A priori*, accorder un délai ne nécessite ni des compétences particulières, ni une appréciation très subtile<sup>133</sup>. C'est ce qui justifie précisément qu'on donne au délai un caractère privé et non pas judiciaire.

Il n'empêche que ce délai privé peut donner lieu à des difficultés en pratique, en raison du fait que les divers textes exigent que sa durée soit « raisonnable » ou « convenable »<sup>134</sup>. Or, que doit-on entendre par ces termes ?

On pressent ici immédiatement le rôle important que va être amené à jouer le juge dans l'appréciation du caractère raisonnable de ce délai. Son rôle mérite toutefois d'être précisé (2). Celui-ci pourrait être fonction du point de savoir si le délai imparti au débiteur par le créancier est « déterminé » ou simplement « déterminable » (1).

---

<sup>132</sup> Notons que la doctrine allemande est partagée sur la question de savoir si l'obligation faite au créancier, par le droit allemand, de fixer lui-même un délai supplémentaire d'exécution au débiteur, est conforme à la directive. En effet, cette exigence formelle est de nature à rendre plus difficile l'exercice de ses droits. Une partie de la doctrine considère ainsi que pour les contrats de consommation, il n'est pas nécessaire que le créancier fixe lui-même un délai d'exécution au débiteur mais simplement qu'il attende l'écoulement d'un délai raisonnable ; étant précisé qu'afin que le délai court, il faut qu'il notifie tout de même l'inexécution au débiteur : v. Ch. GRÜNEBERG, in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 323, n° 12.

<sup>133</sup> Comp. Th. GENICON, th. préc., n° 661.

<sup>134</sup> V. par ex. les § 281 al. 1 et 323 al. 1 BGB ; l'art. 8.106 (3) PDEC ; l'art. III.—3.503 PCCR ; l'art. 109 al. 5 de la proposition d'un droit commun européen de la vente ; l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 110 de l'avant-projet TERRÉ.

### ***1. Un rôle potentiellement renforcé en présence d'un délai simplement « déterminable »***

**416.** Dans les cas où le créancier doit fixer lui-même un délai d'exécution au débiteur, on peut s'interroger sur les exigences propres à la détermination de celui-ci. Le délai doit-il être « déterminé » ou simplement « déterminable » ? Sur ce point, les réponses divergent d'un système à l'autre (a). L'importance du rôle du juge pourrait en dépendre (b).

#### ***a) L'exigence d'un délai « déterminé » ou « déterminable »***

**417.** Sur la question du caractère que doit revêtir le délai d'exécution, les codifications savantes européennes (i) et le droit allemand (ii) apportent des réponses diverses.

#### ***(i) Réponse apportée par les instruments de droit européen des contrats***

**418.** La plupart des instruments de droit européen des contrats opèrent une distinction entre le cas du retard non essentiel et le cas d'inexécution essentielle.

Dans le premier cas, où la notification d'un délai supplémentaire au débiteur conditionne le droit du créancier de résoudre le contrat, on exige de celui-ci qu'il fixe au débiteur un délai « déterminé ». Dans leurs commentaires, les auteurs précisent qu'il n'est pas suffisant ici de réclamer l'exécution « aussitôt que possible »<sup>135</sup>. Ce doit être une demande d'exécution « dans la semaine » ou « pas plus tard que le 1<sup>er</sup> juillet »<sup>136</sup>. Autrement dit, le créancier doit fixer une date limite ou du moins un certain laps de temps durant lequel l'exécution doit avoir lieu.

Dans le deuxième cas en revanche, là où la notification d'un délai supplémentaire constitue une véritable faveur pour le débiteur, en ce sens que le

---

<sup>135</sup> Commentaire IV sous l'art. 8.106 PDEC, in *Principes du droit européen des contrats, op. cit.*, p. 339 ; commentaire sous l'art. III.—3.503 PCCR, in Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, 2009, p. 863.

créancier pourrait résoudre immédiatement le contrat s'il le souhaitait, les auteurs sont plus souples : ils considèrent que le créancier peut se contenter de fixer une limite « ambiguë », du type « Veuillez exécuter dès que possible »<sup>137</sup>, donc un délai qu'on peut qualifier de « déterminable ».

### (ii) Réponse apportée par le droit allemand

**419.** En droit allemand, on oscille également entre l'exigence d'un délai « déterminé » et celle d'un délai « déterminable ». La distinction n'est pas fonction ici du cas d'inexécution.

L'évolution est jurisprudentielle : la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des obligations exigeait encore que le délai soit « déterminé » (*bestimmt*) ; la Cour fédérale allemande a abandonné récemment cette position en faveur d'une solution plus souple, considérant que le délai pouvait être simplement « déterminable » (*bestimmbar*).

Dans un arrêt du 12 août 2009, le *Bundesgerichtshof* a jugé en effet que la sommation du débiteur de remédier *immédiatement* (*unverzüglich*) à l'exécution défectueuse suffisait pour constituer un délai d'exécution valable<sup>138</sup>.

En l'espèce, l'acheteur d'une voiture d'occasion avait signalé au vendeur, un commerçant, l'existence de défauts au niveau du moteur et l'avait sommé d'y remédier « dans les plus brefs délais » (*unverzüglich*), à défaut de quoi il confierait la réparation à un autre garage. Par la suite, l'acheteur ayant tenté en vain de joindre le commerçant par téléphone et celui-ci ne s'étant pas manifesté auprès de l'acheteur, ce dernier fit réparer la voiture chez un tiers et réclama au vendeur le remboursement des frais de réparation à titre de dommages-intérêts. Comme on l'a déjà mentionné, l'acheteur ne peut exiger des dommages-intérêts que s'il a imparti préalablement au vendeur, sans succès, un délai raisonnable pour l'exécution convenue ou l'exécution corrective (v. le § 281 al. 1 BGB). La question était de savoir ici si le délai imparti par l'acheteur satisfaisait aux exigences de la loi.

---

<sup>136</sup> *Ibid.*

<sup>137</sup> Commentaire IV sous l'art. 8.106 PDEC, *ibid.*

<sup>138</sup> BGH 8. Zivilsenat, 12.8.2009, VIII ZR 254/08, NJW 2009, p. 3153.

A l'encontre de la doctrine majoritaire et des deux instances précédentes, le *Bundesgerichtshof* a considéré qu'il suffisait, pour fixer valablement un délai selon le § 281 al. 1 BGB, que le créancier laisse clairement comprendre au débiteur que celui-ci ne dispose plus que d'un laps de temps limité pour procéder à l'exécution<sup>139</sup>. Une telle condition serait donnée lorsque le créancier exige de son cocontractant une exécution (corrective) *immédiate* (*sofort, unverzüglich, umgehend*). Ainsi, selon la Cour, l'indication d'une certaine date (limite) ou d'un certain intervalle de temps n'est pas nécessaire pour la fixation d'un délai raisonnable<sup>140</sup>. Elle rappelle à ce titre que selon une conception générale, un délai constitue un espace de temps « déterminé » ou « déterminable »<sup>141</sup>. Or en sommant quelqu'un de procéder immédiatement à l'exécution (corrective), on poserait une limite temporelle, qui serait « déterminable » au cas par cas<sup>142</sup>.

### *b) L'impact sur le rôle du juge*

**420.** L'arrêt rendu par la Cour fédérale allemande tend à augmenter le rôle du juge dans le jeu de la *Nachfrist*.

La solution retenue, qui se veut souple pour le créancier, nuit en effet à la sécurité juridique car le débiteur ne dispose plus de repères précis pour savoir jusqu'à quand précisément il peut éviter la résolution du contrat ou une demande en dommages-intérêts.

Elle est de nature à augmenter les recours en justice car en pratique, la question de savoir ce qu'il faut entendre par « dans les plus brefs délais » ou « dans

---

<sup>139</sup> Pt. 11 de la décision. Bien qu'elle concerne spécifiquement le délai raisonnable d'exécution du § 281 al. 1 BGB, la décision vaut tout autant pour le délai d'exécution prévu au § 323 al. 1 BGB pour le cas de résolution du contrat. En matière de résolution, le *Bundesgerichtshof* est venu préciser que l'« obligation » ou plus précisément, l'incombeance (*Obliegenheit*) qu'a l'acheteur de donner une « seconde chance » au vendeur ne se limitait pas à une sommation orale ou écrite de procéder à l'exécution corrective mais qu'elle incluait également la disposition (*Bereitschaft*) de l'acheteur à mettre à disposition du vendeur la chose achetée afin que ce dernier puisse vérifier les défauts invoqués. A défaut, les conditions de la résolution du contrat ne seraient pas remplies (v. BGH 8. Zivilsenat, 10.3.2010, VIII ZR 310/08, NJW 2010, p. 1448).

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

<sup>141</sup> Pt. 10 de la décision.

<sup>142</sup> Certains ont fait observer que la décision conduisait à brouiller la différence entre la mise en demeure (*Mahnung*) du § 286 al. 1 BGB, qui est nécessaire pour fonder le retard dans l'exécution et la fixation d'un délai supplémentaire (*Fristsetzung*), laquelle autorise le passage du droit à l'exécution en nature aux droits « secondaires » (v. les § 281 al. 1 et 323 al. 1 BGB). En effet, exiger du débiteur une exécution « immédiate » ou « dans les plus brefs délais » seraient des formules typiques de la *Mahnung* : v. F. FAUST, note sous BGH 12.8.2009, JZ 2010, p. 203.

un délai raisonnable » sera certainement plus fréquente que lorsqu'il s'agit d'un délai « déterminé »<sup>143</sup>.

La Cour fédérale allemande a motivé sa solution notamment par le fait que le législateur ne souhaitait pas que la fixation d'un délai supplémentaire devienne un obstacle pour l'acheteur, de nature à lui faire perdre ses droits pour des raisons formelles<sup>144</sup>.

A ce titre, il faut relever que le législateur de 2001 a déjà assoupli les formalités que doit revêtir la « mise en demeure » (sommation) assortie d'un délai raisonnable (*Nachfrist*). En effet, sous l'ancien droit allemand des obligations, celle-ci devait contenir impérativement la déclaration comminatoire de son auteur qu'il refusera la prestation après l'expiration du délai (*Ablehnungsandrohung*)<sup>145</sup>. Cette formalité avait pour effet qu'à l'expiration du délai supplémentaire, le créancier ne pouvait plus exiger l'exécution en nature de l'obligation. Surtout, elle s'est avérée être un piège pour le créancier dans la pratique. En effet, bien souvent, le créancier sommait son débiteur d'exécuter dans un certain délai sans déclarer simultanément qu'il refuserait la prestation après l'expiration du délai, ou du moins pas assez clairement. C'est ainsi que de nombreuses demandes en dommages-intérêts ont échoué<sup>146</sup>. Les auteurs de la réforme de 2001 ont abandonné l'exigence dite de la *Ablehnungsandrohung*, si bien qu'à l'expiration du délai d'exécution, le créancier est libre de choisir encore entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent.

<sup>143</sup> V. pour une critique en ce sens B. GSELL, note sous BGH 12.8.2009, ZJS 6/2009, n° 8, p. 731 et s.

<sup>144</sup> V. pt. 11 de la décision. Comp. BT-Drucks. 14/6040, p. 185.

<sup>145</sup> V. l'ancien § 326 al. 1 BGB, reproduit plus haut. Comme l'avait relevé L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 91 : « (...) par une seule et même formalité on satisfait à plusieurs conditions différentes. Ainsi il suffit d'un seul et même écrit pour réaliser : a) l'offre nécessaire dans un contrat synallagmatique de la contre-prestation ; b) la sommation qui met le débiteur en demeure ; c) le délai d'exécution ; d) l'avis comminatoire de refuser la prestation après l'expiration du délai ».

<sup>146</sup> Pour certains, la solution était parfaitement justifiée. En particulier, on a fait valoir que ce ne serait pas trop demander au créancier novice en droit que de se faire conseiller juridiquement avant de demander des dommages-intérêts (v. en ce sens U. HUBER, « Das geplante Recht der Leistungsstörungen », in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (dir.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 152). D'autres au contraire considèrent que la transformation du droit à l'exécution en nature en un droit aux dommages-intérêts ne devrait pas demander trop de temps et surtout que le créancier devrait être mis en mesure de procéder aux formalités nécessaires sans être contraint de consulter au préalable un conseiller juridique : v. H. HEINRICHS, « Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht. Eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes », ERCL 3/2006, p. 344 et s.



Pour la doctrine majoritaire, il y avait là un argument supplémentaire de considérer que le délai d'exécution fixé par le créancier devait être « déterminé » et pas seulement « déterminable »<sup>147</sup>.

La Cour fédérale allemande a concédé qu'admettre un délai simplement « déterminable » emportait une certaine incertitude pour le débiteur qui n'est pas en mesure de connaître le laps de temps exact qui lui reste pour procéder à l'exécution. Mais elle a considéré qu'une telle incertitude existait également en cas d'indication d'un délai « déterminé », lorsque le délai imparti par le créancier est trop court<sup>148</sup>.

Or, conformément à la jurisprudence antérieure à la réforme du droit des obligations, un tel délai n'est pas privé d'effet, il déclenche simplement un délai objectivement raisonnable<sup>149</sup>. Derrière cette formule objective, il faut y voir un renvoi implicite au juge. Il convient à présent de préciser son rôle.

## 2. Un rôle à préciser

**421.** Qu'il soit « déterminé » ou « déterminable », le délai doit être en tout état de cause « raisonnable ». Dans la plupart des systèmes étudiés, le législateur est resté silencieux sur les critères permettant la détermination de ce délai raisonnable.

En droit allemand, c'est la jurisprudence qui est venue préciser ce qu'il fallait entendre par « délai raisonnable ». Elle a rappelé à ce titre que le délai avait pour but, non le fait de permettre au débiteur d'entamer l'exécution, mais de lui permettre d'achever une exécution déjà commencée<sup>150</sup>. Par conséquent, le délai ne doit pas être aussi long qu'il permette au débiteur de commencer et d'achever une exécution qu'il n'a pas encore mise en mouvement. De façon générale, le caractère raisonnable du délai doit s'apprécier objectivement, au vu des circonstances de l'espèce<sup>151</sup>. La doctrine enseigne à ce titre qu'il faut tenir compte des intérêts du créancier, de ceux

---

<sup>147</sup> V. par ex. B. GSELL, note sous BGH 12.8.2009, ZJS 6/2009, n° 5, p. 731 ; F. FAUST, note sous BGH 12.8.2009, JZ 2010, p. 203 (avec d'autres références).

<sup>148</sup> Pt. 11 de la décision.

<sup>149</sup> A moins que l'établissement d'un délai trop court soit dicté par une intention déloyale : dans ce cas, les tribunaux déclarent que le délai est dépourvu de tout effet juridique. V. par ex. BGH 5. Zivilsenat, 21.6.1985, V ZR 134/84, NJW 1985, p. 2640. L'établissement d'un délai raisonnable reste dominé par la bonne foi contractuelle (§ 242 BGB).

<sup>150</sup> V. par ex. BGH 5. Zivilsenat, 21.6.1985, V ZR 134/84, NJW 1985, p. 2640.

<sup>151</sup> *Ibid.*

du débiteur et dans une certaine mesure de sa bonne foi, du but du contrat, enfin de certaines circonstances particulières qui entourent l'obligation, comme la volonté expresse des parties ou bien la nature de l'obligation<sup>152</sup>.

C'est dans le même esprit qu'on a proposé de réviser les PDEC, plus précisément son article 8.106 relatif à la notification d'un délai supplémentaire pour l'exécution, en y ajoutant un alinéa 5 qui serait formulé comme suit : « Le délai est déterminé en fonction des circonstances et du type d'obligation considérée. (...) »<sup>153</sup>.

Dans l'ensemble, les indications restent assez vagues, et le créancier n'est donc pas à l'abri d'une erreur d'appréciation concernant le caractère convenable du délai. Comme nous venons de le mentionner, le caractère raisonnable du délai dépend des circonstances de l'espèce que le créancier ignore bien souvent<sup>154</sup>. Il arrive donc que celui-ci fixe un délai d'exécution trop court par simple négligence ou par simple ignorance, sans mauvaise foi aucune. L'hypothèse est plus qu'une simple hypothèse d'école.

Les divers systèmes semblent s'accorder sur les effets juridiques d'un tel délai insuffisant : celui-ci n'est pas considéré comme inefficace ; le délai supplémentaire d'une durée déraisonnable est porté à une durée raisonnable<sup>155</sup>.

#### *a) La fiction de la prolongation automatique du délai trop court*

**422.** Dire qu'un délai non raisonnable (trop court) en met un autre raisonnable en mouvement laisse entendre en premier lieu que la prorogation du délai opère

<sup>152</sup> V. L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 98. Les propos sont encore valables aujourd'hui.

<sup>153</sup> V. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, op. cit., p. 650. Notons que les rédacteurs des PDEC énoncent les critères permettant la détermination du délai raisonnable dans leur commentaire, à destination du juge principalement : v. *Principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 339 et s. Ainsi, selon eux, le juge devrait tenir compte de différents facteurs tels que 1) La durée fixée à l'origine pour l'exécution, 2) La nécessité pour le créancier d'une exécution rapide, à la condition que cette nécessité soit apparente pour le débiteur, 3) La nature des biens, des services ou des droits objets du contrat, 4) La cause du retard.

<sup>154</sup> C'est le constat qu'avait effectué en son temps déjà le *Reichsgericht*, la Cour suprême allemande de 1879 jusqu'en 1945 : v. RGZ 62, p. 66 et s.

<sup>155</sup> Selon les termes très clairs de l'art. 7.1.5 al. 3 Principes d'UNIDROIT. V. également l'art. 8.106 (3) PDEC ; l'art. III.—3.503 (2) PCCR. En Allemagne, c'est la jurisprudence qui a posé la solution (il s'agit d'une jurisprudence constante qui remonte jusqu'au *Reichsgericht* ; elle a été rappelée dans l'arrêt du *BGH* en date du 12.8.2009 : « durch eine zu knapp bemessene Nachfrist wird in der Regel eine angemessene Frist in Lauf gesetzt »). Les avant-projets de réforme du droit français des contrats restent pour leur part silencieux sur ce point.

automatiquement, par l'effet de la loi (*kraft Gesetzes*). Ou pour employer la terminologie juridique française : c'est sous-entendre que la prolongation du délai opère de « plein droit ». Telle est la conception retenue en droit allemand, qui a été reprise par les instruments européens de droit des contrats.

L'expression « de plein droit » suggère *a priori* l'effacement du juge. Au sens propre, elle signifie que l'intervention du juge n'est pas nécessaire : l'effet qui se produit « de plein droit » prend un caractère automatique ; il est obtenu sans avoir à accomplir de formalités et, surtout, sans avoir besoin d'obtenir une décision exécutoire<sup>156</sup>. La solution laisse toutefois les parties dans l'incertitude : comment connaître en effet la fin précise de ce délai prolongé automatiquement ? Seul un tribunal pourra éclairer les parties à ce propos.

Aussi le juge occupe-t-il une place centrale dans la détermination du délai raisonnable. Comme le décrètent les auteurs des PDEC dans leur commentaire, c'est le juge qui en définitive, en cas de litige, dira *ex post* ce qui était raisonnable<sup>157</sup>. En effet, à la demande du débiteur, le juge sera amené à examiner *a posteriori* la convenance du délai et éventuellement sa prorogation. C'est dire que l'idée d'une prolongation *automatique* du délai d'exécution ne peut se réaliser sans l'assistance du juge<sup>158</sup>.

A bien y regarder, le rôle du juge pourrait s'avérer différent selon que le délai imparti par le créancier était « déterminé » ou simplement « déterminable ».

---

<sup>156</sup> V. Ch. ATIAS, « “De plein droit” », D. 2013, p. 2183 et s.

<sup>157</sup> *Principes du droit européen des contrats, op. cit.*, p. 339.

<sup>158</sup> C'est ainsi que très tôt, le *Reichsgericht* a jugé simultanément qu'un délai trop court se transformait *par lui-même* en un délai raisonnable (*Selbstverlängerung*) et qu'il appartenait au tribunal de corriger l'erreur commise par le créancier en déterminant la durée qu'aurait dû avoir le délai (*richterliche Bestimmung*) : v. RG, 15.11.1905, RGZ 62, p. 69 et s.

***b) Le pouvoir de « substitution » du juge en cas de fixation d'un délai « déterminé » trop court***

**423.** Dans l'hypothèse où le créancier a fixé un délai « déterminé » trop court, le juge rend au délai le caractère raisonnable après une appréciation souveraine des circonstances, en substituant sa propre volonté à celle du créancier<sup>159</sup>.

Contrairement à ce que suggère l'image de la prolongation automatique du délai trop court, il y a bien dans la décision du juge un élément créateur, qui justifie qu'on parle de « richterliche *Gestaltung* » en droit allemand<sup>160</sup> ou encore d'adaptation judiciaire (*richterliche Anpassung*<sup>161</sup> ou *geltungserhaltende Extension*<sup>162</sup>) du délai.

En effet, en intervenant, le juge rend valable un acte qui ne l'était pas à l'origine, en *augmentant* ici une partie de son contenu, et « sauve » par là-même le délai posé par le créancier et éventuellement ses droits qui en dépendent. De façon globale, la prolongation judiciaire du délai sert à atteindre le but du contrat<sup>163</sup>.

**424.** On notera que ce pouvoir conféré au juge est fortement critiqué par certains auteurs.

Selon ces derniers, la solution prônée par la jurisprudence et par la doctrine majoritaire est incompatible avec les principes de liberté et de responsabilité individuelle qui irriguent la CVIM, tout comme le BGB (*allgemeiner Grundsatz der Eigenverantwortung*)<sup>164</sup>. En effet, elle revient à doter le juge de prérogatives qui n'appartiennent en principe qu'au seul créancier<sup>165</sup>.

<sup>159</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 101.

<sup>160</sup> V. M. SCHOLLMEYER, « Die zeitlich unbestimmte Frist in §§ 281, 323 BGB. Zugleich Besprechung von BGH, Versäumnisurt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, ZGS 2009, 504 », ZGS 2009, p. 493 : « Der BGH bestätigt seine zu § 326 BGB a. F. ergangene Rechtsprechung wonach eine vom Gläubiger unangemessen kurz bemessene Frist im Wege richterlicher Gestaltung durch eine angemessene zu ersetzen ist ». On notera que la jurisprudence allemande parle quant à elle plus modestement de « richterliche *Feststellung* », donc de « *constatation* judiciaire » du délai raisonnable, formule qui correspond davantage à la fiction d'une prolongation automatique du délai, par le seul effet de la loi (v. par ex. BGH 8. Zivilsenat, 12.8.2009, VIII ZR 254/08, NJW 2009, p. 3153).

<sup>161</sup> M. SCHOLLMEYER, *ibid.*

<sup>162</sup> H. A. FRIEHE, « Die Setzung der unangemessenen kurzen Nachfrist im CISG mit einem Ausblick auf das BGB (Teil 1). Ein Beitrag zum System der Rechtsbehelfe im CISG und der Leistungsstörungen im BGB », IHR 2010, p. 234.

<sup>163</sup> V. en ce sens déjà L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 101.

<sup>164</sup> Sur ce principe, v. H. A. FRIEHE, art. préc., p. 248 et s. ; V. RIEBLE, in *Staudinger BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315, n° 47 (« fundamentales Rechtsprinzip der vertragsrechtlichen Eigenverantwortung »).

<sup>165</sup> V. H. A. FRIEHE, art. préc., p. 249 : « Das ist Privatrechtsgestaltung an Stelle des Gläubigers ».

Les auteurs hostiles à une prorogation *judiciaire* du délai d'exécution trop court rappellent avec insistance que, dès l'origine, la CVIM, tout comme le droit allemand, ont dénié au juge tout pouvoir d'immixtion dans le contrat, en particulier le pouvoir d'octroyer des délais de grâce<sup>166</sup>. Une telle faculté a été écartée en effet au motif qu'elle serait inopportune pour le commerce international<sup>167</sup> en raison du fait qu'elle exposerait les parties au « large pouvoir discrétionnaire » du juge qui serait habituellement de la même nationalité que l'une des parties<sup>168</sup>.

Or, selon la critique, une telle logique interdirait au créancier de demander un délai supplémentaire au tribunal et interdirait aux tribunaux d'accorder d'eux-mêmes des délais supplémentaires<sup>169</sup>.

On avance à ce titre que la solution retenue par la doctrine majoritaire revient à créer un nouveau remède à l'inexécution du contrat qui n'a pourtant pas été consacré par le texte de la CVIM<sup>170</sup>. C'est pourquoi le créancier devrait fixer lui-même un nouveau délai<sup>171</sup>. Dans cette logique, le (premier) délai trop court serait privé d'effet. Afin de pouvoir exercer certains droits qui sont conditionnés par l'expiration d'un délai raisonnable, tels que la résolution, le créancier serait alors contraint de fixer lui-même un nouveau délai raisonnable, qui commencerait à courir à compter de sa réception potentielle.

---

<sup>166</sup> Ce choix est celui déjà des prédécesseurs de la CVIM, les deux conventions de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels : v. à ce titre H. DÖLLE (dir.), *Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht*, München, Beck, 1976, p. XXXIII (cité d'après H. A. FRIEHE, art. préc., note 129) : « dagegen ist dem Richter nirgends die Befugnis eingeräumt, gestaltend in den Vertrag einzugreifen. Insbesondere kann er dem Schuldner keine Gnadenfrist einräumen. Man wird als einen die *Loi uniforme* leitenden Grundgedanken den Satz ansehen dürfen, daß ein richterlicher Eingriff in die Vertragsbeziehungen nur dort zulässig ist, wo das Gesetz ihn vorsieht ».

<sup>167</sup> V. *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, prepared by the Secretariat*, Document A/CONF.97/5, in *United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March - 11 April 1980, Official Records*, New York, United Nations, 1981, Art. 41, n° 6 (cité d'après H. A. FRIEHE, art. préc., note 128) : « Such a provision [exclusion des délais de grâce judiciaires] seems desirable in international trade ».

<sup>168</sup> V. *Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, ibid.*, Art. 43, n° 5 (cité d'après H. A. FRIEHE, art. préc., note 128) : « Moreover, the procedure of applying to a court for a delay of grace is particularly inappropriate in the context of international commerce, especially since this would expose the parties to the broad discretion of a judge who would usually be of the same nationality as one of the parties » (nous soulignons).

<sup>169</sup> V. en particulier H. A. FRIEHE, « Die Setzung der unangemessenen kurzen Nachfrist im CISG mit einem Ausblick auf das BGB (Teil 1) », IHR 2010, p. 248.

<sup>170</sup> *Ibid.*, p. 248 et s.

<sup>171</sup> V. H. A. FRIEHE, art. préc. (système appelé « Neusetzungslösung », par opposition à « Verlängerungslösung »).

Ce n'est pas la voie qu'ont emprunté le droit allemand et les instruments internationaux qui n'ont pas hésité à conférer au juge un « droit de tutelle et de surveillance » du juge *a posteriori*<sup>172</sup>.

***c) Le pouvoir d'interprétation du juge en cas de fixation d'un délai simplement « déterminable »***

**425.** Dans l'hypothèse où le créancier n'a fixé qu'un délai « déterminable » cette fois, c'est-à-dire lorsqu'il s'est contenté de sommer son débiteur d'exécuter « dans les plus brefs délais », la nature des pouvoirs du juge pourrait s'avérer quelque peu différente.

En effet, dans cette hypothèse, le créancier ne fait rien d'autre qu'exiger une exécution dans un « délai raisonnable », condition posée par la loi. Si le juge est amené à déterminer la convenance du délai, il est difficile de considérer ici qu'il substitue sa propre volonté à celle du créancier.

Tout au plus est-il amené à concrétiser la notion juridique indéterminée du « délai raisonnable » au cas précis par voie d'interprétation (*Auslegung*). C'est ce qui fait dire à certains que dans ce cas, le juge ne fait que *dire* le droit et ne *crée* pas un nouvel état de droit<sup>173</sup>.

**426.** Il reste que dans les deux cas, le juge détermine lui-même le « délai raisonnable » d'exécution. Pour ce faire, il dispose d'une marge d'appréciation importante puisque le législateur a renoncé à fixer un seuil quantitatif.

Notre première partie a montré que dans un tel cas, il n'existait pas de frontière arrêtée mais un espace intermédiaire à l'intérieur duquel le juge pouvait opérer un certain choix.

Bien qu'il ne soit que résiduel, le rôle du juge n'est donc pas négligeable. Il ne faut toutefois pas le surestimer : le juge a certes un pouvoir d'appréciation mais celui-ci porte sur la durée et non sur l'opportunité du délai<sup>174</sup>.

<sup>172</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 102, qui affirme par ailleurs (n° 98) : « en somme, on peut dire que ce n'est pas la volonté du créancier mais bien celle des tribunaux qui triomphe ».

<sup>173</sup> Sur la distinction entre *Gestaltung* et *Auslegung* et entre *Rechtsgestaltung* et *Rechtsfindung*, v. M. SCHOLLMAYER, art. préc., p. 494.

<sup>174</sup> V. déjà L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 94.

#### § 4. SUCCÈS À L'ÉTRANGER

427. A ce propos justement, un éminent comparatiste français avait estimé que le pouvoir dont bénéficie le juge français d'apprécier l'opportunité d'accorder un délai (en sus de sa durée) était précisément l'une des forces du modèle français du délai de grâce<sup>175</sup>.

En comparaison, le modèle allemand de la *Nachfrist*, qui fait obligation au créancier d'octroyer un délai d'exécution au débiteur, sans distinction de sa bonne ou mauvaise foi, paraissait moins convaincant, au point que l'auteur en question ait considéré que « ce délai de grâce "obligatoire" n'est certainement pas une des trouvailles les plus heureuses du droit allemand »<sup>176</sup>.

L'évolution semble lui donner tort : en effet, c'est le modèle allemand qui tend à s'imposer à l'étranger (A), pour des raisons qu'il convient de mettre en lumière (B).

##### A. UN MÉCANISME QUI S'IMPOSE À L'ÉTRANGER

428. Le mécanisme allemand de la *Nachfrist* a été adopté à la fois par les codifications savantes européennes et par les projets de réforme français.

Il a été retenu par les auteurs des divers instruments d'harmonisation du droit des contrats qui disent ouvertement s'être inspirés du droit allemand.

Reste que dans ces instruments, le mécanisme n'a pas la portée générale qu'il a en droit allemand des obligations en ce qu'il est conçu comme un mécanisme principalement facultatif<sup>177</sup>.

Il est intéressant de noter que certains avaient pu considérer que le caractère obligatoire de la *Nachfrist*, caractéristique du système allemand, était la conséquence logique de la « privatisation » des suites de l'inexécution du contrat, en particulier de

---

<sup>175</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 96.

<sup>176</sup> *Ibid.*

<sup>177</sup> V. *Principes du droit européen des contrats*, op. cit., notes 2 sous l'art. 8.106, p. 341; *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 2010, commentaire sous l'art. 7.1.5, p. 239.

la résolution, autrement dit du fait qu'elles devenaient l'œuvre des parties et non du tribunal<sup>178</sup>. Il pouvait sembler impensable en effet de transférer au créancier la faculté d'appréciation dévolue au juge dans le système français du délai de grâce car « mettre ce pouvoir souverain d'appréciation à la portée du créancier, c'eût été rendre le délai de grâce inapplicable, parce qu'aucun créancier n'eût voulu l'accorder au débiteur contre ses propres intérêts »<sup>179</sup>.

Cette analyse se voit aujourd'hui contredite par les projets de droit européen des contrats qui, tout en consacrant des remèdes unilatéraux à l'inexécution du contrat, confèrent au délai d'exécution un caractère facultatif et non obligatoire. En leur article 8.106 al. 1, les PDEC prévoient ainsi que « Dans tous les cas d'inexécution, le créancier *peut* notifier au débiteur qu'il lui impartit un délai supplémentaire pour l'exécution »<sup>180</sup>. Le délai d'exécution n'est donc pas un préalable indispensable à la mise en œuvre des divers moyens en cas d'inexécution, excepté le cas du retard non essentiel<sup>181</sup>.

Il y a là une garantie fragile qui concorde avec les impératifs de rapidité et de flexibilité des transactions, inhérents aux PDEC<sup>182</sup>. Contrairement au droit allemand qui tente de concilier ici efficacité économique du contrat et valeur morale du contrat (respect de la parole donnée, primauté de l'exécution en nature), les PDEC n'obéissent quant à eux qu'à la seule et unique logique d'efficacité économique. Il faut reconnaître qu'ils retirent de cette unité d'inspiration une cohérence qui n'est pas toujours l'apanage des projets français<sup>183</sup>.

**429.** Ces derniers s'inspirent eux aussi du modèle allemand de la *Nachfrist* s'agissant de la mise en œuvre de la résolution unilatérale du contrat. En effet, celle-ci préconise, entre autres, une mise en demeure assortie du respect d'une « formalité

---

<sup>178</sup> V. en ce sens L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 95 (à propos de la résolution du contrat). Rappr. C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, th. Paris II, préf. M. GORÉ, Paris, LGDJ, 2008, n° 915, qui considère que la mise en demeure du débiteur accompagnée d'un délai supplémentaire (mise en demeure dite qualifiée) est indissociable des remèdes de justice privée.

<sup>179</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *ibid.*

<sup>180</sup> Nous soulignons. V. également l'art. III.—3.103 PCCR.

<sup>181</sup> V. l'art. 8.106 (3) PDEC : dans le cas d'un retard dans l'exécution qui ne constitue pas une inexécution essentielle, le créancier n'a pas le droit de résoudre immédiatement le contrat simplement parce que l'échéance est passée. Pour ce faire, il doit fixer un délai supplémentaire de durée raisonnable pour l'exécution.

<sup>182</sup> *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, op. cit., p. 642.

<sup>183</sup> G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », art. préc., p. 17.



délai-supplémentaire »<sup>184</sup>, dans lequel, bien évidemment, on voit un substitut aux délais judiciaires de l'article 1184 C. civ.<sup>185</sup>

En même temps, comme nous l'avons vu, les projets français n'ont pas abandonné les délais de grâce (judiciaires) pour autant puisque le juge peut en octroyer au débiteur *a posteriori*, c'est-à-dire après exercice, par le créancier, de son droit de résolution unilatérale. Ce parallélisme des deux institutions (*Nachfrist* et délai de grâce) témoigne de leur volonté de combiner la logique économique, aujourd'hui dominante, et les valeurs traditionnelles du droit français, au prix de certaines contradictions.

## **B. LES RAISONS DE CE SUCCÈS**

**430.** Le succès de la *Nachfrist* allemande s'explique certainement par la prépondérance des remèdes unilatéraux à l'inexécution du contrat dans les divers instruments internationaux et européens du droit des contrats.

Mais ce n'est pas la seule raison. En effet, le mécanisme de la *Nachfrist* favorise, comme on l'a vu, la coopération entre les parties.

Or, celle-ci est comptée au nombre des « principes directeurs » du droit des contrats au sein de ces instruments. Le dernier projet en date, la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, pose ainsi en son article 3 un principe de coopération, aux termes duquel : « Les parties sont tenues de coopérer l'une avec l'autre pour l'exécution de leurs obligations contractuelles dans la mesure qui peut être attendue »<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> V. l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 110 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 134 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013). En France, la *Nachfrist* est communément qualifiée de « mise en demeure conférant un délai raisonnable – une seconde chance – au débiteur pour s'exécuter » (v. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 973). On notera que s'il existe un parallèle certain avec la mise en demeure (*Mahnung*) qui, dans sa conception classique, étymologique, constitue la notification au débiteur de son retard dans l'exécution, les deux mécanismes ne se confondent pas. En tout cas, dans une perspective française, la mise en demeure « change de visage » puisqu'elle apparaît comme un procédé destiné à prévenir une sanction et non plus comme la notification d'un retard, annonceur d'une inexécution (v. X. LAGARDE, « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », JCP 1996, I, 3974, p. 424).

<sup>185</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 615.

<sup>186</sup> V. COM(2011) 635 final, p. 36. Rapp. l'art. 1.202 PDEC (devoir de collaboration).

Comme l'ont montré nos développements, l'obligation faite aux parties de coopérer relève autant (sinon plus) de considérations économiques que de considérations morales ou sociales. En ce qui concerne le droit allemand, le modèle de la coopération favorisé par la *Nachfrist* se révèle être davantage un instrument de politique économique qu'un instrument de politique sociale.

**431.** Ceci mérite d'être relevé tant la collaboration des parties au contrat est plutôt revendiquée, en droit français, par les tenants du « solidarisme contractuel »<sup>187</sup>, qui ont une approche morale, voire sociale du contrat, « à mi-chemin entre une conception dirigiste et une vision purement libérale du contrat »<sup>188</sup>.

Se situant dans la lignée de René Demogue, ces derniers prônent en effet une nouvelle conception du contrat, qui reposerait non sur un antagonisme des intérêts mais sur une union de ceux-ci, laquelle impliquerait pour chaque contractant, le devoir de respecter les intérêts de son partenaire<sup>189</sup>. Dans cette logique, le contrat devient alors un instrument de coopération, un havre de fraternité, une rencontre de deux intérêts communs qui coopèrent ensemble<sup>190</sup>.

Selon les dires mêmes de ses promoteurs, le domaine de prédilection du solidarisme contractuel se trouve dans les relations contractuelles de dépendance, qui s'inscrivent dans la durée<sup>191</sup>.

L'observation est intéressante. Car le facteur temps est évoqué également par certains auteurs allemands en lien avec le mécanisme de la *Nachfrist*. Selon une analyse, le nouveau système allemand des remèdes à l'inexécution du contrat (de vente), qui confère au vendeur un véritable « droit » de procéder à une nouvelle exécution (*Recht zur zweiten Andienung*), a pour effet notamment de changer la nature du contrat de vente : d'un contrat-échange ponctuel, il aurait évolué vers un

---

<sup>187</sup> Sur ce courant de pensée, v. L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004.

<sup>188</sup> Ch. JAMIN, « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 56. Notons qu'en dehors du cadre précis du « solidarisme contractuel », le devoir de collaboration est perçu comme un sous-principe du devoir de loyauté contractuelle : v. l'art. 0.303 des Principes contractuels communs (*Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, op. cit.*, p. 198).

<sup>189</sup> Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de Droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Paris, Economica, 2008, p. 252 et s.

<sup>190</sup> M.-A. FRISON ROCHE, « Volonté et obligation », *Archives de philosophie du droit*, 2000, t. 44, p. 135, n° 38-39 (cité d'après Y. LEQUETTE, art. préc., p. 253).

<sup>191</sup> D. MAZEAUD, « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel, op. cit.*, p. 59.

contrat empruntant certains caractères des contrats « à long terme » (*Langzeitverträge*)<sup>192</sup>.

C'est d'ailleurs cette dernière catégorie de contrats, ceux que la doctrine française dénomme les contrats à exécution successive, qui font évoluer la théorie du contrat<sup>193</sup>. Importants en pratique, la doctrine leur porte une attention accrue de nos jours, au point de considérer qu'ils mériteraient de constituer un pôle à part égale avec le contrat-échange au sein d'un droit des contrats bien compris<sup>194</sup>.

La conception classique du contrat, conception abstraite, au temps linéaire, fondé sur la force obligatoire rendant le contrat intangible, semble mal adaptée à ce type de contrats<sup>195</sup>. En particulier, elle fait fi du facteur temps qui constitue une caractéristique fondamentale de ces relations contractuelles<sup>196</sup>. En un sens donc, la question de la durée ou de la longévité du contrat est une question moderne<sup>197</sup>.

Certains considèrent que si l'on s'y intéresse davantage aujourd'hui, c'est parce que la durée du lien tend elle-même à devenir un but pour les parties<sup>198</sup>. Mais il y a davantage : dans les contrats successifs de longue durée, la loi contractuelle n'est viable que souple. C'est sauver le contrat que de lui permettre de survivre, adapté à des circonstances qui en empêchent l'exécution<sup>199</sup>. La *favor contractus* appelle donc la révision du contrat au sens strict du terme.

---

<sup>192</sup> B. DAUNER-LIEB, « Die Nacherfüllung – Ein Irrweg ? », art. préc., p. 203 : « (...) dass durch diese Veränderung der Kauf vom punktuellen Austauschverhältnis zu einem Vertrag mit gewissen Dauerschuldelementen weiterentwickelt worden ist ».

<sup>193</sup> V. sur ce point C. JAUFFRET-SPINOSI, « Rapport de synthèse », in *Le contrat, op. cit.*, p. 3.

<sup>194</sup> V. en ce sens S. GRUNDMANN, « Zukunft des Vertragsrechts », in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2010, p. 1035 et s., qui déplore que la modernisation du droit allemand des obligations de 2002 et le PCCR n'aient pas marqué de pas décisif sur ce point.

<sup>195</sup> C. JAUFFRET-SPINOSI, art. préc., p. 3.

<sup>196</sup> V. en particulier A. ETIENNEY DE SAINTE MARIE, « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », D. 2011, p. 2672 : « La durée du contrat est l'oubliée du code civil, du moins de la théorie générale du contrat, construite en 1804 sur le modèle de la vente, échange instantané ». L'auteur regrette que les différents projets de réforme français ne montrent guère plus d'intérêt que le code civil à l'égard de l'élément temporel.

<sup>197</sup> V. en ce sens C. COULON, « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in *Le renouveau des sanctions contractuelles, op. cit.*, n° 2, p. 30. L'étude de J. ROCHFELD sur « Les modes temporels d'exécution du contrat », RDC 2004, p. 47 et s., semble confirmer l'analyse.

<sup>198</sup> *Ibid.* (en ce sens qu'on ne se préoccuperait plus seulement de l'exécution du contrat, mais aussi d'entretenir des liens durables avec son partenaire).

<sup>199</sup> L. AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », Les cahiers du Conseil constitutionnel n° 17/2004, p. 79 et s. V. également C. JAUFFRET-SPINOSI, art. préc., p. 5.

## CHAPITRE II - L'ATTEINTE DIRECTE À LA LOI CONTRACTUELLE DES PARTIES : LA RÉVISION DU CONTRAT

**432.** La révision est un procédé de technique juridique par lequel un contrat est modifié dans son contenu en vue de son adaptation aux circonstances<sup>200</sup>. Celle-ci peut faire suite à l'imprévision ou à l'inexécution proprement dite.

L'imprévision se distingue de l'inexécution sur deux points essentiels.

En premier lieu, l'imprévision, qui désigne un changement important des circonstances (économiques) dans lesquelles s'insérait le contrat et dont il résulte un déséquilibre important au détriment de l'une des parties<sup>201</sup>, porte en germe uniquement le risque d'une inexécution du contrat. Comme l'a formulé un auteur, en cas d'imprévision, il s'agit de traiter ce qui survient en marge de la loi contractuelle, à l'occasion de son exécution, mais non d'une défaillance dans son exécution<sup>202</sup>.

En second lieu, dans tout système juridique, l'imprévision donne lieu à des remèdes distincts de ceux de l'inexécution proprement dite, marquant sa spécificité.

Cependant, il n'est pas toujours aisé de distinguer les deux cas de figure, d'où l'importance accordée ici à l'étude des remèdes apportés en cas d'imprévision.

Les difficultés qu'éprouvent les juristes allemands à distinguer l'« impossibilité factuelle » du § 275 al. 2 BGB du cas d'« imprévision » réglé par le § 313 BGB témoignent de la délimitation délicate des domaines respectifs de l'inexécution et de l'imprévision.

Les exemples peuvent être multipliés : ainsi, en l'absence de règles et de remèdes propres à l'imprévision, la jurisprudence n'a pas hésité parfois à interpréter largement la notion de « force majeure » pour y faire entrer des cas d'imprévision. On pense ici à un arrêt remarqué de la Cour de cassation belge du 19 juin 2009 qui a procédé à une interprétation extensive de l'article 79 de la CVIM réglant

---

<sup>200</sup> V. *Lexique des termes juridiques*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2001, v° Révision ; *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, *op. cit.*, v° Révision.

<sup>201</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n° 187, p. 471.

l'exonération pour cause de force majeure, pour juger que « des circonstances modifiées qui n'étaient pas raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat et qui sont incontestablement de nature à aggraver la charge de l'exécution du contrat peuvent, dans certains cas, constituer un empêchement indépendant de sa volonté exonérant la partie de sa responsabilité en cas d'inexécution de l'une de ses obligations »<sup>203</sup>.

Contrairement au cas d'inexécution, où la révision du contrat fait figure encore de remède exceptionnel (section II), en matière d'imprévision, la révision du contrat apparaît résolument comme le remède privilégié (section I).

## SECTION I - LA RÉVISION EN CAS D'IMPRÉVISION

**433.** Les systèmes juridiques sont fort divisés sur la question des pouvoirs du juge en cas d'imprévision. Ils sont divisés à la fois sur le principe même de son intervention (§ 1), sur le mode de son intervention (§ 2) et sur la marge de liberté qu'il convient de lui accorder en cas d'intervention (§ 3).

Paradoxalement, les systèmes qui confèrent au juge le pouvoir d'octroyer au débiteur un délai de grâce sont les plus réticents à l'idée de doter le juge du pouvoir de réviser le contrat en cas d'imprévision. Inversement, les droits qui se méfient des délais judiciaires sont ceux qui acceptent le plus facilement l'adaptation judiciaire du contrat. On voit là encore qu'il est difficile de dégager des tendances générales<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> L. AYNÈS, « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, n° 11, p. 400.

<sup>203</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », RDC 2010, p. 1405 et s. ; C. WITZ, D. 2010, p. 921 et s.

<sup>204</sup> Pour un même constat, v. M. W. HESSELINK, « The Principles of European Contract Law : Some Choices Made By The Lando Commission », in *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, op. cit., p. 121. L'auteur fait observer que « The problem of changing circumstances provides a good illustration of the phenomenon that legal systems are not consistently more liberal or social. French contract law which, as we saw, contains many social rules and doctrines, refuses to assist a party who has found herself in serious trouble because of an unexpected change of circumstances ».

## § 1. LE PRINCIPE D'UNE INTERVENTION JUDICIAIRE

**434.** Concernant les effets que peut produire l'imprévision, la question centrale est celle de déterminer s'il convient de s'en tenir à une obligation de renégocier le contrat imposée aux parties ou si l'on peut donner au juge le pouvoir d'intervenir dans le contrat.

**435.** Dans une perspective d'ensemble et de cohérence de la matière contractuelle, il est certain que le puissant mouvement de faveur pour le contrat justifie l'intervention du juge (en particulier sa révision judiciaire).

En termes de valeurs, l'imprévision cristallise bien le conflit entre l'efficacité et la sécurité (*pacta sunt servanda*)<sup>205</sup>. La sécurité veut qu'on respecte la loi contractuelle de départ et si, de fait, les parties n'ont pas inclus, à l'origine, une clause de renégociation, la sécurité voudrait que la révision ne soit pas possible. Mais d'un autre côté, l'efficacité milite en faveur d'un rééquilibrage, qui va permettre au contrat de poursuivre en permettant à chacun d'y trouver encore un intérêt.

On notera qu'en droit continental et dans la plupart des projets de droit européen des contrats, c'est en termes moraux qu'est principalement débattue la question de l'imprévision<sup>206</sup>. C'est moins le principe d'efficacité que celui de la justice contractuelle que l'on oppose au principe du respect de la parole donnée<sup>207</sup>. Dans les systèmes juridiques où c'est la jurisprudence qui est venue consacrer la

---

<sup>205</sup> J. MESTRE, « Rapport de synthèse », in *L'efficacité du contrat*, *op. cit.*, p. 94.

<sup>206</sup> V. à ce titre M. GRIMALDI, « Le droit continental face à la mondialisation », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 303, qui observe qu'en *common law*, le problème de l'imprévision est discuté, au contraire, en termes économiques. Pour les membres de la Commission LANDO, « Hardship is a typical daughter of good faith » : v. D. TALLON, « Chapter 27 – Hardship », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 2004, p. 503. V. également *Principes du droit européen des contrats*, *op. cit.*, p. 33: « (...) normalement *pacta sunt servanda* est le principe de base, mais (...), dans certaines circonstances extrêmes, une partie ne peut exiger de l'autre une exécution stricte qui serait excessivement onéreuse pour l'autre partie sans aller à l'encontre de l'équité et de la bonne foi ».

<sup>207</sup> V. par ex. M. LALOU, « La révision des contrats par le juge en droit français », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, t. II, Paris, Sirey, 1937, p. 45 ; M. VOLKMAR, « La révision des contrats par le juge en Allemagne », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, *ibid.*, p. 17.

révision pour imprévision, celle-ci s'est fondée le plus souvent sur le principe de la bonne foi<sup>208</sup>.

Cela n'empêche pas de nombreux auteurs de tradition « civiliste » de considérer que la révision du contrat pour imprévision ne s'impose pas seulement pour des raisons d'équité et de justice mais aussi pour des raisons purement économiques<sup>209</sup>. Le fait est que c'est souvent dans les périodes de crise (guerre, crise financière et économique) que le mécanisme suscite le plus d'intérêt, ce qui montre que la révision des contrats pour imprévision est étroitement liée à des impératifs d'ordre économique<sup>210</sup>.

Preuve là encore de la convergence possible du « juste » et de l'« utile »<sup>211</sup>.

Si les solutions retenues dans les systèmes respectifs traduisent ainsi un choix en termes de valeurs, elles révèlent surtout une certaine conception du juge dans le contrat.

Comme le soulignait déjà en son temps Niboyet, s'il existe bien une opposition entre le droit français et les autres droits qui acceptent la théorie de l'imprévision, ce n'est pas sur le terrain du contenu de la bonne foi, invariable au fond, mais plutôt sur la façon de concevoir le pouvoir du juge<sup>212</sup>.

De façon schématique, deux conceptions du rôle du juge s'opposent ici : la conception du juge « serviteur » du contrat (A) et celle plus dynamique du juge « salvateur » (B).

---

<sup>208</sup> V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », RDC 2004, n° 13, p. 74, qui cite le cas de la Suisse, des Pays-Bas et de l'Allemagne.

<sup>209</sup> V. C. WITZ, « Force obligatoire et durée du contrat », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, op. cit., n° 14, p. 184.

<sup>210</sup> M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. - 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », JCP 2010, n° 49, 1219.

<sup>211</sup> V. là encore J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., 2001, spéc. n° 346 et s., p. 408 et s. (qui articulent le régime de la révision pour imprévision autour de l'utile et du juste). Adde M. ALMEIDA PRADO, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », RIDC 2010, n° 4, p. 888 : « Il est question d'affirmer le juste dans l'utile, et non d'opposer le juste et l'utile ».

<sup>212</sup> J.-P. NIBOYET, « La révision des contrats par le juge. Rapport général », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, t. II, Paris, Sirey, 1937, p. 11.

## **A. LA FIGURE DU JUGE « SERVITEUR » DU CONTRAT PRÉPONDÉRANTE EN DROIT FRANÇAIS**

**436.** La conception classique du juge serviteur du contrat s'exprime le plus nettement en droit français. En l'état du droit positif, il est interdit au juge d'adapter ou de résilier le contrat.

**437.** Très tôt, à l'occasion des contrats de remplacement militaire rendus plus onéreux par la survenance de la guerre de Crimée, la Cour de cassation est venue censurer les décisions de cours d'appel, qui avaient admis leur résiliation<sup>213</sup>.

**438.** Par la suite, la Cour de cassation a fait preuve de la même sévérité à l'égard des décisions de cours d'appel, qui avaient admis leur révision cette fois. Aucune affaire n'est, en la matière, plus significative que celle du *Canal de Craponne*<sup>214</sup>. Dans son fameux arrêt en date du 6 mars 1876, elle a énoncé « Que, dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants »<sup>215</sup>. En l'espèce, la Cour de cassation entendait censurer une cour d'appel qui avait augmenté le montant d'une redevance stipulée dans des conventions vieilles de trois siècles et qui était devenue dérisoire au fil des années<sup>216</sup>.

La décision fait encore autorité en droit civil<sup>217</sup> : elle refuse à la partie mise en difficulté le droit d'obtenir du juge la modification des prestations initialement

<sup>213</sup> V. Civ. 9 janvier 1856, 3 arrêts, DP 1956, 1, p. 33 ; 11 mars 1856, DP 1956, 1, p. 100 (cités d'après *GAJC*, t. 2, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 165, p. 187).

<sup>214</sup> *GAJC*, *ibid.*, n° 165, p. 187.

<sup>215</sup> Civ. 6 mars 1876, D. 1976, p. 193.

<sup>216</sup> V. l'arrêt reproduit dans les *GAJC*, t. 2, 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008, n° 165, p. 183 et s. « En l'espèce, au XVI<sup>e</sup> siècle, avait été convenue une redevance d'arrosage de 3 sols (c'est-à-dire 15 centimes) par cartierade (c'est-à-dire 190 ares) afin d'entretenir le canal de Craponne ; trois siècles après, la redevance n'était évidemment plus en rapport avec les frais d'entretien, les juges du fond l'avaient augmentée et fixée à 30 centimes » (Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 758, note 58).

<sup>217</sup> V. notamment Com., 18 décembre 1979, Bull. IV, n° 339. Comme le démontre par ailleurs l'arrêt Civ. 3<sup>e</sup>, 18 mars 2009, Bull. III, n° 64, RDC 2009, p. 1358 et 1490, que l'on se trouve dans une situation répondant à la notion d'« imprévision » ou non, la Cour de cassation interdit aux juges du fond de modifier un contrat devenu déséquilibré en cours d'exécution, en raison de la disparition d'un de ses éléments essentiels. En l'espèce, un bail d'habitation avait été conclu pour un loyer de 3000 F., précision faite que la modicité de ce loyer s'expliquait par le fait que le locataire participait nuit et jour à la surveillance du propriétaire. Le bailleur étant décédé quelques mois plus tard, ses héritiers assignèrent le locataire aux fins de voir convertir l'obligation de



convenues<sup>218</sup>. La Cour de cassation s'appuie en cela sur l'article 1134 (al. 1<sup>er</sup>) C. civ. Comme il a été fort justement souligné, l'arrêt du *Canal de Craponne* se prononce, non pas sur la fixité du contrat, mais sur les pouvoirs du juge à l'égard du contrat<sup>219</sup>. En effet, les parties ne sont nullement empêchées de stipuler des clauses de renégociation ou d'adaptation, voire de résiliation. Bien au contraire, le refus de la révision judiciaire vise justement à encourager les parties à prévoir de telles clauses dans leur contrat<sup>220</sup>.

**439.** Notons que cette attitude restrictive de la Cour de cassation vis-à-vis du pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat s'est manifestée de façon éclatante également dans son fameux arrêt du 10 juillet 2007<sup>221</sup> qui, bien qu'il n'ait pas été rendu dans une hypothèse d'imprévision, n'en mérite pas moins d'être rapproché de l'affaire du *Canal de Craponne*<sup>222</sup>.

En jugeant au double visa inédit des alinéas 1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> de l'article 1134 C. civ. que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », la Cour de cassation a ruiné les espoirs de ceux qui voyaient dans l'article 1134 al. 3 C. civ. le ferment de la révision judiciaire de l'imprévision<sup>223</sup>. En effet, puisque le juge ne peut pas réviser la créance du créancier, en dépit de sa mauvaise foi, il est moins que certain que l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat suffise à fonder un pouvoir de révision produisant les mêmes effets, lorsque le contrat se trouve profondément déséquilibré en raison d'un changement de circonstances imprévu<sup>224</sup>.

---

surveillance, devenue impossible à exécuter, en complément de loyer. La cour d'appel avait fait droit à cette demande au motif que le respect de l'équilibre contractuel l'imposait. Elle a été censurée par la Cour de cassation au visa de l'art. 1134 C. civ. : « Qu'en statuant ainsi, alors que le bail ne comportait aucune clause prévoyant la modification des modalités d'exécution du contrat, la cour d'appel a violé le texte sus-visé ».

<sup>218</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral, op. cit.*, n° 187, p. 471.

<sup>219</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 758.

<sup>220</sup> Selon la doctrine, on serait ici en présence d'une règle supplétive qui remplit une fonction répulsive : v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 471.

<sup>221</sup> Com., 10 juillet 2007 (Société Les Maréchaux), Bull. IV, n° 188, reproduit également dans les *GAJC*, t. 2, n° 164.

<sup>222</sup> Pour un rapprochement, v. également la note de D. HOUTCIEFF, *JCP* 2007, II, 10154, p. 24.

<sup>223</sup> V. en particulier D. MAZEAUD, *RDC* 2007, p. 1113 et s.

<sup>224</sup> D. MAZEAUD, *ibid.*

Ici, la Cour a manifestement souhaité canaliser les pouvoirs que le juge peut exercer en s'appuyant sur l'article 1134 al. 3, et éviter que la bonne foi ne soit le cheval de Troie qui permette au juge de s'immiscer dans le contrat<sup>225</sup>. Là encore, c'est au juge que s'adresse cet arrêt : comme l'indique la Cour de cassation elle-même dans son communiqué, l'arrêt vient préciser la portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle<sup>226</sup>.

**440.** Pour la doctrine, il ne fait pas de doute que la sécurité juridique inspire directement cette attitude de la Cour de cassation<sup>227</sup>. Le rejet persistant de la théorie de l'imprévision et, plus largement, le refoulement classique de l'exigence de bonne foi dans l'exécution des contrats, sont tous deux symptomatiques du fort attachement du droit français au principe de sécurité juridique<sup>228</sup>.

Or, en matière contractuelle, la sécurité des transactions se confond dans une large mesure avec l'intangibilité des droits et obligations nés du contrat. Comme l'a observé un auteur, la France semble indéniablement faire rimer la sécurité juridique avec la défiance envers ses juges<sup>229</sup>. Il y a là un discours classique mais tenace, qui voit dans toute ingérence du juge dans le contrat une menace pour la sécurité juridique et la stabilité économique. C'est dire qu'en France, le principe de sécurité juridique joue un rôle déterminant dans les solutions des cas difficiles (*hard cases*). La sécurité constitue une valeur essentielle qui doit s'imposer au juge de manière à priver ses tentations subjectivistes et discrétionnaires<sup>230</sup>.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 1114. Comme l'a résumé Y.-M. LAITHIER, RDC 2010, p. 563, à travers sa décision, la Cour a fermement et clairement rappelé que l'article 1134 al. 3 C. civ. n'est pas le fondement d'une modification judiciaire des prestations convenues entre les parties.

<sup>226</sup> Communiqué relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007 (consultable sur le site internet de la Cour de cassation). La Cour de cassation explique que « le créancier, même de mauvaise foi, reste créancier », raison pour laquelle le juge n'est pas autorisé, sur le fondement de l'art. 1134 al. 3 C. civ., à « porter atteinte à l'existence même de la créance en dispensant le débiteur de toute obligation ». On notera que si le juge n'a pas le droit de « neutraliser la créance elle-même », il a le pouvoir de sanctionner l'exercice déloyal d'un droit (de créance) (v. Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2012, n° 11-14174). Or, en pratique, le montant des dommages-intérêts sanctionnant la mauvaise foi du créancier peut être tel qu'il équivaut à une « déchéance masquée » du droit du créancier : v. sur ce point Y.-M. LAITHIER, « Une entorse indirecte à l'interdiction faite au juge de porter atteinte à la substance des droits du contractant déloyal », obs. sous l'arrêt de 2012 préc., RDC 2012, p. 763 et s. <sup>227</sup> V. GAJC, t. 2, n° 165, p. 189 et n° 164, p. 177 et s. ; D. MAZEAUD, « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 395. *Adde* Th. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance », note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2485 et s. : « On osera même admirer ce juge qui sait rester à sa place en refusant de jouer au justicier et qui, forcément très conscient de l'injustice faite à l'échelle de l'espèce (...), n'en maintient pas moins l'intransigeance d'un principe qu'il sait bon à l'échelle du système juridique tout entier ».

<sup>228</sup> V. à ce titre Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Paris, Defrénois, 2009, n° 145-152.

<sup>229</sup> Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th. préc., n° 95, p. 159.

<sup>230</sup> M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, th. Paris I, 1999, n° 75.

La position de la Cour de cassation pourrait être révélatrice en même temps d'une certaine indifférence des juges français aux arguments économiques. Comme l'a montré une étude, lorsqu'il se voit confronté à des problèmes à incidences économiques, le juge français s'attache essentiellement à l'ordre juridique : il ne se permet pas d'initiative, ne crée pas de solution originale ; il ne sanctionne pas directement les nécessités économiques et il ne découvre de solutions que dans la mesure où elles lui sont suggérées ou imposées par les lois et les institutions<sup>231</sup>.

Ce faisant, il est tout à fait dans la ligne de la doctrine qui estime généralement que la réalisation des impératifs économiques dans l'ordre juridique relève exclusivement de la compétence du législateur et non pas de celle du juge<sup>232</sup>. La plupart des auteurs considèrent à ce titre que la consécration en droit français de la théorie de l'imprévision ne pourrait être l'œuvre que du législateur et non du juge.

Le juge aborde donc en principe un problème économique en juriste<sup>233</sup>. Or, le contrat repose sur un équilibre juridique – sa cause – mais non pas nécessairement sur un équilibre économique<sup>234</sup>. Tant que l'équilibre juridique existe, il n'a pas à se préoccuper d'un éventuel déséquilibre économique.

Quoi qu'il en soit, certains n'hésitent pas à penser que cette défiance française pour le juge, assimilée ici à l'exigence de sécurité des transactions, constitue peut-être un obstacle culturel infranchissable<sup>235</sup>.

A la lecture du premier projet de réforme du droit français des obligations, l'avant-projet Catala, on serait presque tenté d'y croire. En effet, en cas d'échec des négociations entre les parties, il dénie au juge toute faculté d'adapter ou de résilier le contrat. Car, dit-on, il reste attaché à une conception traditionnelle qui fait de ce dernier la chose des parties, dont il faut tenir autant que possible le juge à distance<sup>236</sup>.

---

<sup>231</sup> V. B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in TAHC, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 188 et s.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 186 et s.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>234</sup> J.-P. NIBOYET, « La révision des contrats par le juge. Rapport général », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, t. II, Paris, Sirey, 1937, p. 4.

<sup>235</sup> Th. PIAZZON, th. préc., n° 95, p. 159 (qui compare ici précisément les droits français et allemand).

<sup>236</sup> E. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », RDC 2010, p. 1064. *Adde* D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un "entre-deux" perfectible », RDC 2006, p. 77 : « (...) l'avant-projet reste fidèle au concept traditionnel du contrat, accord de volontés privées ».

Il prévoit toutefois la possibilité, pour chaque partie, de résilier le contrat, ce qui constitue une amélioration par rapport au droit positif. Il reste qu'en cas d'échec des négociations, le sort du contrat est alors laissé entre les mains des contractants et non entre celles du juge.

**441.** Nul doute que l'introduction, en droit français, de la révision ou de la résiliation (judiciaire) du contrat pour imprévision constituerait une évolution majeure, pour ne pas dire une révolution<sup>237</sup>. Mais il ne faut pas oublier que cela l'était également en 1920 en Allemagne, lorsque le *Reichsgericht*, le Tribunal d'Empire, admit la révision judiciaire du contrat sur le fondement du § 242 BGB (principe de la bonne foi), à l'encontre de la volonté du législateur<sup>238</sup>.

### **B. LA FIGURE DU JUGE « SALVATEUR » PRÉPONDÉRANTE EN DROIT ALLEMAND ET EUROPÉEN**

**442.** En 1960, un éminent civiliste allemand décelait déjà une tendance moderne faisant du juge un assistant (*Helper*) au contrat<sup>239</sup>. La remarque est intéressante.

En effet, pour justifier la possibilité accordée au juge de réviser le contrat en cas de changement imprévu des circonstances, la Commission Lando se réfère elle aussi à cette « tendance moderne qui propose de conférer au juge un certain pouvoir modérateur pour atténuer les rigueurs de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat »<sup>240</sup>.

---

<sup>237</sup> *Ibid.*, p. 1057. V. également D. MAZEAUD, « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? (*bis sed non repetita...*) », in *Etudes offertes au professeur Philippe MALINVAUD*, Paris, Litec, 2007, p. n° 42, p. 428.

<sup>238</sup> La question de l'imprévision a bien été discutée au moment de l'élaboration du BGB. Les rédacteurs avaient rejeté l'idée d'une *clause rebus sic stantibus* sous-entendue de manière générale dans les contrats, en vertu de laquelle le consentement serait subordonné à la persistance de l'état de fait qui existait au jour où il a été exprimé, et qui justifierait le droit, pour les parties, de se retirer du contrat (v. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Aufl., Berlin, Guttentag, 1896, p. 199). Ils craignaient une trop grande insécurité juridique. On peut donc affirmer que c'est par un choix délibéré que le législateur de 1900 a refusé de s'engager sur la voie de la résiliation/révision judiciaire pour imprévision. V. B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung, op. cit.*, n° 14 : « Die Verfasser des BGB lehnten dagegen die clausula als *allgemeinen* Rechtsgrundsatz ab, weil sie eine große Rechtsunsicherheit als unausweichliche Folge fürchteten ».

<sup>239</sup> H. BROX, « Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse. Ein Beitrag zum Problem der richterlichen Vertragshilfe im Zivilprozeß », JR 1960, p. 322 et 325.

<sup>240</sup> V. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire I sous l'art. 6.111, p. 285.

Si les PDEC peuvent donc s'appuyer aujourd'hui sur une tendance qui semble s'être imposée au fil du temps, l'évolution s'est faite de manière beaucoup plus progressive en droit allemand.

**443.** Ce n'est que progressivement que la jurisprudence allemande s'est résolue à autoriser le juge à venir en aide à la partie victime du changement de circonstances.

La doctrine allemande a d'ailleurs fait immédiatement un rapprochement entre la théorie prétorienne de la « disparition du fondement contractuel » (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), fondée sur le § 242 BGB, et les lois d'exceptions autorisant le juge à intervenir dans le contrat, désignées par l'expression générale de *Vertragshilfe*, d'*aide au contrat*, qui ont été évoquées plus haut<sup>241</sup>. Toutes reposent sur le même fondement, l'équité<sup>242</sup>, et sont nées sur fond de crise économique.

**444.** On oublie bien souvent que dans un premier temps, et même encore après le début de la Première Guerre mondiale, le Tribunal d'Empire s'en tenait uniquement au principe « *pacta sunt servanda* » et excluait de ce fait toute faculté du juge de résoudre ou d'adapter le contrat.

Dans son arrêt du 7 mai 1915, le Tribunal d'Empire jugeait encore que les dispositions du BGB ne confèrent pas au juge le pouvoir d'opérer un rééquilibrage du contrat en vue d'adoucir (modérer) les rigueurs (*Härten*) résultant de la guerre<sup>243</sup>. En même temps, il excluait toute possibilité, pour la partie lésée, de se retirer du contrat<sup>244</sup>.

Ce sont alors exactement les mêmes arguments que l'on retrouve aujourd'hui en France qui étaient invoqués au soutien de cette analyse. La doctrine de l'époque avance tour à tour : le risque d'arbitraire du juge, l'insécurité juridique et l'incompétence (économique) du juge pour réécrire le contrat<sup>245</sup>.

---

<sup>241</sup> Pour un rapprochement, v. G. KEGEL, « Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn ? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht) », *Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, spéc. p. 227 et s.

<sup>242</sup> G. KEGEL, art. préc., p. 228.

<sup>243</sup> RG, 7.5.1915, III 578/14, RGZ 86, p. 397 : « Da durch die Vorschriften des geltenden Rechtes dem Richter nicht die Machtbefugnis erteilt ist, zwecks Milderung der Härten des Krieges einen Ausgleich zwischen den Vertragsparteien zu schaffen (...) ».

<sup>244</sup> A côté de l'arrêt préc. du 7 mai 1915, v. également RG, 8.7.1920, III 89/20, RGZ 99, p. 258.

<sup>245</sup> V. F. SCHLEGELBERGER, « Vertragsgestaltung durch den Richter », in *Erwin BUMKE zum 65. Geburtstag*, Berlin, de Gruyter, 1939, p. 14 et s.

**445.** Dans un second temps, pour remédier aux perturbations qui déséquilibraient alors profondément les contrats à la suite de l'effondrement du Mark et de l'instabilité économique persistante, le Tribunal d'Empire a procédé à une interprétation large de la notion d'impossibilité (*Unmöglichkeit*) prévue à l'ancien § 275 BGB en vue de conférer à la partie lésée le droit de se défaire du contrat.

Le recours à cette notion s'explique aisément par la place centrale qu'occupait ce cas d'inexécution dans l'ancien droit allemand des troubles dans l'exécution (*Leistungsstörungsrecht*). Le Tribunal a d'abord assimilé l'impossibilité temporaire d'exécution à l'impossibilité définitive. Par la suite, il a consacré le cas dit de l'impossibilité économique (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) couvrant les hypothèses où le débiteur devrait fournir des efforts d'une telle ampleur qu'on ne peut pas raisonnablement attendre de lui qu'il exécute sa prestation.

L'impossibilité d'exécution entraînant par principe la libération *de plein droit* du débiteur, seule la mise à l'écart du contrat était alors envisageable en cas de changement de circonstances. Très vite, le Tribunal est parti de l'idée d'un *droit de résolution* (unilatéral) du débiteur (*Rücktrittsrecht*) plutôt que de s'en tenir à l'idée d'une libération *automatique* du débiteur.

**446.** Ce n'est que dans un troisième temps que le Tribunal d'Empire a fait le pas décisif vers l'admission de la révision judiciaire du contrat.

Après avoir fondé le « droit de retrait » (*Rücktrittsrecht*) du débiteur sur les anciens § 275 et 323 BGB, le Tribunal d'Empire recourut au principe de la bonne foi du § 242 BGB en mettant en avant le fait que l'exécution était devenue « insupportable » (*unzumutbar*) pour le débiteur. Ce changement de base légale a eu une incidence sur la nature du remède alloué : n'étant plus lié à la conséquence rigide du § 275 BGB (libération automatique du débiteur), le Tribunal s'est reconnu le droit d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances<sup>246</sup>. Le caractère « ouvert » du § 242 BGB, en particulier au niveau de sa conséquence juridique (*Rechtsfolge*), a permis à la jurisprudence de prendre plus de libertés. Elle en a fait un instrument de révision du contrat.

---

<sup>246</sup> Très explicite sur ce point : B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, p. 31.

Le célèbre arrêt du *Reichsgericht* en date du 21 septembre 1920 marque le tournant en la matière<sup>247</sup>. Non seulement, il admet pour la première fois l'adaptation judiciaire du contrat mais il contient en outre un flamboyant discours sur le rôle du juge.

Au visa des (anciens) § 242 et 325 BGB, il rappelle tout d'abord qu'aux termes du premier, la bonne foi doit présider à l'exécution des obligations du débiteur ; mais que la même bonne foi doit régir le droit à l'exécution du créancier<sup>248</sup>. C'est pourquoi l'exécution d'un contrat ne peut plus être due ni exigée lorsque, à raison de la modification totale des circonstances, la prestation contractuelle est devenue tout autre que les parties l'avaient originairement pensé et voulu.

Il rappelle ensuite que l'impossibilité prévue au § 325 BGB, qui constitue une cause de libération, peut être non seulement matérielle, mais aussi économique. Il reconnaît qu'en principe, une telle impossibilité ne peut justifier qu'une résiliation du contrat, inexécutable dans la forme convenue à raison de l'inflation.

Et pourtant, le Tribunal d'Empire va plus loin et expose à ce titre que : « Le premier et le plus noble devoir du juge est de donner satisfaction, en disant le droit, aux besoins inévitables de la vie. Les circonstances nouvelles nées de l'inflation font un devoir au juge d'intervenir dans les contrats existants, lorsque, à défaut d'une pareille intervention, on arriverait à des solutions contraires à la bonne foi, à la justice et à l'équité, en un mot intolérables. *Si la résiliation d'un contrat tout entier se trouve ainsi justifiée, il apparaît d'autant plus admissible de modifier des clauses ou stipulations déterminées*, lorsque les parties sont d'accord pour continuer l'exécution du contrat et que la bonne foi, la justice et l'équité en font un devoir pour le juge »<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> RGZ 100, p. 132.

<sup>248</sup> Nous reprenons ici la traduction des passages clés de la décision faite en son temps par M. VOLKMAR, « La révision des contrats par le juge en Allemagne », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, *ibid.*, p. 17 et s.

<sup>249</sup> Trad. reprise de M. VOLKMAR, art. préc., p. 18 (nous soulignons). Voici la version originale en allemand : « Allein die erste und vornehmste Aufgabe des Richters geht dahin, in seiner Rechtsprechung den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen. (...) Diese Verhältnisse erfordern unbedingt ein Eingreifen des Richters in bestehende Vertragsverhältnisse dann, wenn anders nicht ein Treu und Glauben und jedem Gebote von Gerechtigkeit und Billigkeit hohnsprechender, einfach nicht zu ertragender Zustand geschaffen werden soll. Der als wünschenswert oder nötig erachteter Anhalt im positiven Recht ist in den oben erwähnten Bestimmungen des BGB gegeben. Rechtfertigt sich nach diesen auf Verlangen einer Partei sogar die Lösung des ganzen Vertragsverhältnisses, so erscheint es um so mehr zulässig, in einem nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien fortbestehenden Vertragsverhältnisse eine einzelne Vertragsbeziehung zu ändern, wenn Treu und Glauben, Billigkeit und Gerechtigkeit solches zum Gebot machen (...) ».

En venant revisiter ainsi les rapports du juge à la loi ainsi que les rapports du juge au contrat, l'arrêt rendu par la troisième chambre (*dritter Senat*) du Tribunal d'Empire a été qualifié à juste titre de révolutionnaire<sup>250</sup>.

Il a d'ailleurs donné lieu à de vives réactions au sein même de la jurisprudence. Dans un arrêt en date du 3 février 1922, la deuxième chambre (*zweiter Senat*) du Tribunal d'Empire avait clairement affirmé que « la chambre ne partage pas l'opinion suivant laquelle il fait partie des pouvoirs du juge de s'immiscer dans les contrats en dehors des cas expressément prévus par la loi »<sup>251</sup>. Elle reconnaissait uniquement un droit, au profit de la partie lésée, de se défaire du contrat à condition qu'elle ait invité préalablement la partie adverse à réviser le contrat et que celle-ci ait refusé toute modification. Ce faisant, l'adaptation du contrat se voyait placée entre les mains des parties et non entre les mains du juge.

**447.** A cette époque, on trouve ainsi de nombreuses prises de position sur les pouvoirs du juge (*Richtermachtaussagen*) dans les arrêts allemands<sup>252</sup>. Celle qui a prévalu est en parfaite opposition avec celle retenue par la Cour de cassation française dans l'arrêt *Canal de Craponne*.

Certains auteurs ont montré toutefois que ces prises de position sur les pouvoirs du juge étaient étroitement liées à la situation de crise à laquelle devaient faire face les juges en ce temps et qu'elles ne servaient pas de fondement véritable aux décisions respectives. On a parlé à ce propos de « management de crise » (*Krisenmanagement*)<sup>253</sup>. En effet, avec la fin de la crise, ces prises de position ont disparu. Le fameux arrêt du 21 septembre 1920 reste en tout cas novateur en ce qu'il a admis pour la première fois la faculté, pour le juge, d'adapter le contrat aux circonstances nouvelles.

---

<sup>250</sup> B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung, op. cit.*, p. 34 : « Diese richtungsweisende, fast revolutionäre Bedeutung des Urteils für die Stellung des Richters zum Gesetz und zur rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (...) ».

<sup>251</sup> RGZ 103, p. 333 : « Der Senat teilt nicht die Ansicht, daß es in der Macht des Richters stehe, in anderen Fällen, als in denen das Gesetz dies ausnahmsweise zuläßt, durch Gestaltungsurteil in den Inhalt des Rechtsgeschäfts einzugreifen ».

<sup>252</sup> Dans une décision (Beschuß) en date du 26 mai 1922 (RG JW 1922, p. 910), le *Reichsgericht* est allé jusqu'à parler d'une « plénitude des pouvoirs du juge » ou d'un « pouvoir souverain du juge » (*Machtvollkommenheit des Richters*) : « Wenn überhaupt kein Wille der Parteien vorhanden war, tritt der Richter ein, die Machtvollkommenheit des Richters ».

<sup>253</sup> V. M. KLEMMER, *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, Baden-Baden, Nomos, 1996, p. 426 et s. ; J. RÜCKERT, « Der neue Richter : Weimar und die Folgen », *Kritische Justiz* 1997, p. 434 et s.



C'est de façon aussi pragmatique et aussi sereine que les PDEC envisagent le rôle du juge lorsque la justice et la pérennité contractuelles supposent qu'il s'immisce dans la loi des parties devenue injuste avec le temps<sup>254</sup>.

## § 2. LE MODE D'INTERVENTION DU JUGE

**448.** Le juge est susceptible d'intervenir de plusieurs façons en cas d'échec des négociations entre les parties. L'article 6.111 (3) PDEC est particulièrement instructif, en ce qu'il expose clairement les trois types de pouvoir dont le juge peut être investi.

Conformément à cette disposition, et à défaut d'accord entre les parties, le juge peut :

- (1) mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe ;
- (2) ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances ;
- (3) dans l'un et l'autre cas, ordonner la réparation du préjudice que cause à l'une des parties le refus par l'autre de négocier ou sa rupture de mauvaise foi des négociations.

Ce sont les pouvoirs (1) et (2) qui nous intéressent spécialement ici, en ce qu'ils règlent le sort du contrat. Ce sont aussi les pouvoirs les plus controversés<sup>255</sup>.

Si la figure du juge « salvateur » implique déjà dans une certaine mesure que le juge vienne réviser ou adapter le contrat, ce mode d'intervention du juge n'est pas toujours celui qui est retenu et privilégié (A). On s'intéressera donc aux raisons qui sous-tendent les préférences respectives (B).

---

<sup>254</sup> V. D. MAZEAUD, « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », D. 2007, n° 19, p. 2959 et s.

<sup>255</sup> Rappr. E. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », RDC 2010, p. 1064.

## **A. RÉVISION DU CONTRAT VS. RÉSILIATION**

**449.** Tandis que les PDEC et le droit allemand marquent une préférence pour la révision du contrat (1), le droit français marque une nette préférence pour la résiliation du contrat (2).

### ***1. La révision du contrat : solution privilégiée par le droit allemand et les PDEC***

**450.** La préférence pour la révision du contrat est la plus nettement affirmée en droit allemand puisque le législateur l'érige au rang de remède primaire au § 313 al. 3 BGB.

Quant aux PDEC, à première vue, le texte de l'article 6.111 PDEC semble mettre sur le même plan l'anéantissement du contrat et sa révision<sup>256</sup>.

Si l'on s'en tient au texte, l'anéantissement du contrat pourrait même apparaître comme solution première car la mesure est citée en premier à l'article 6.111 (3) PDEC<sup>257</sup>.

Cependant, le commentaire qui accompagne l'article marque clairement une préférence des auteurs pour la révision du contrat. Ces derniers fondent la primauté de l'adaptation du contrat sur un raisonnement téléologique. Ils considèrent en effet que « compte tenu du but de l'institution », le juge doit d'abord chercher à sauver le contrat<sup>258</sup>.

Il est certain que la révision du contrat constitue, en situation de crise contractuelle grave, la seule alternative à l'inexécution du contrat, à sa rupture, et le seul remède propre à sauvegarder le contrat, à assurer sa pérennité<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Un constat déjà effectué par C. WITZ, « Force obligatoire et durée du contrat », art. préc., p. 183.

<sup>257</sup> Les projets qui ont suivi ont permuté l'ordre des deux mesures, et énoncent désormais en premier lieu l'adaptation du contrat : v. l'art. III. – 1.110 (2) PCCR et l'art. 89 (2) de la proposition d'un droit commun européen de la vente.

<sup>258</sup> V. *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 287.

<sup>259</sup> *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, op. cit., p. 529.

Ces considérations n'empêchent toutefois pas la doctrine française d'être réfractaire à l'idée d'admettre la révision du contrat pour imprévision. Celle-ci marque à l'inverse une préférence pour la résiliation du contrat.

## ***2. La résiliation du contrat : solution privilégiée par le droit français***

**451.** A l'exception de l'avant-projet Terré, les projets de réforme du droit français des contrats, qui ont tous envisagé de front la question de l'imprévision, font montre d'une certaine frilosité vis-à-vis de la révision judiciaire du contrat.

**452.** Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer le fait qu'en cas d'échec de la renégociation conventionnelle, l'avant-projet Catala abandonnait le sort du contrat aux mains des contractants en conférant à chacun d'entre eux la faculté de résilier le contrat (v. l'article 1135-3 al. 2). On peut supposer ici qu'il s'agit d'un droit de résiliation *unilatérale*, de sorte que le juge se voit même évincé du prononcé de cette sanction<sup>260</sup>.

**453.** Dans le projet présenté par la Chancellerie, le juge a pour mission première d'adapter le contrat, mais il ne peut y procéder que « si les parties en sont d'accord » ; à défaut, il peut y mettre fin<sup>261</sup>. Subordonner ainsi le pouvoir de révision du juge à l'accord des parties témoigne bien de la méfiance des auteurs vis-à-vis de cette forme d'intervention du juge dans le contrat.

Certains justifient le dispositif en soulignant que la menace d'une résiliation au cas où les parties ne se mettraient pas d'accord sur la modification du contrat, les inciterait à régler la situation à l'amiable et donc à autoriser le juge à réviser le contrat<sup>262</sup>.

---

<sup>260</sup> Comme l'a relevé E. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », RDC 2010, p. 1063, un certain flou existe sur la forme que doit prendre la résiliation : s'agit-il d'une simple déclaration ou notification, ou d'une saisine du juge, qui ne pourrait pas la refuser ?

<sup>261</sup> V. l'art. 101 al. 2 de la version de mai 2009 et l'art. 104 al. 2 de la version du 23 octobre 2013.

<sup>262</sup> V. M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. - 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », JCP 2010, n° 50, 1257, et les références citées en note 44 (l'auteur ne fait que relater cette opinion sans la partager).

Avec d'autres, nous pensons au contraire que l'accord des parties nécessaire à la révision judiciaire du contrat sera rarement donné en pratique<sup>263</sup>, ce qui revient à fermer en définitive la voie de la révision judiciaire du contrat<sup>264</sup>.

Et à supposer que celle-ci ait lieu, « l'adaptation résulterait [alors] d'un curieux acte mêlant volonté des parties et *imperium* du juge dont on peut se demander quelle serait exactement l'autorité »<sup>265</sup>.

**454.** C'est pourtant cette solution qu'a retenue également la fameuse proposition de loi en date du 22 juin 2011, visant à permettre la renégociation d'un contrat en cas de changements de circonstances imprévisibles durant son exécution<sup>266</sup>.

Ne souhaitant plus attendre une éventuelle réforme du droit français des obligations, un groupe de députés a proposé de traiter du problème de l'imprévision dans une loi spéciale. L'idée était de compléter l'article 1134 C. civ. par un alinéa rédigé comme suit : « Si un changement de circonstances imprévisible, rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, le juge peut, si les parties en sont d'accord, procéder à l'adaptation du contrat, ou à défaut y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Là aussi, la révision judiciaire du contrat était donc subordonnée à l'accord des parties, ce qui montre la réticence qu'on éprouve en France à conférer au juge le pouvoir de s'immiscer dans le contrat.

---

<sup>263</sup> V. en ce sens E. SAVAUX, art. préc., p. 1064, qui fait observer que « le cas risque d'être rare puisque les contractants se sont, par hypothèse, efforcés de modifier le contrat sans y parvenir. Il faut les imaginer particulièrement confiants dans le juge pour concevoir qu'ils lui confient le soin de faire ce qu'ils n'ont pas pu réaliser » ; G. ROUHETTE, « Préface », RDC 2009, p. 265 et s.

<sup>264</sup> Comp. D. MAZEAUD, « La réforme du droit français des contrats », La lettre de France, (2010) 44 RJT 243, p. 249 : « (...) l'Avant-projet refuse donc d'intégrer la révision judiciaire pour imprévision dans notre droit, puisqu'il subordonne le pouvoir d'ingérence du juge à l'accord des parties ».

<sup>265</sup> E. SAVAUX, art. préc., p. 1064. Une réflexion similaire a été faite par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris. V. à ce titre D. KLING, « Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires. Réaction de la CCIP à la consultation de la Chancellerie de juillet 2008 », Rapport présenté au nom de la commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2008, p. 25 (rapport consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr)) : « Le juge intervient-il au titre de son *imperium* ou de son pouvoir de conciliation ? ».

<sup>266</sup>

**455.** On notera que cette méfiance à l'égard du pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat se retrouve même en dehors des projets de réforme du droit national, dans le projet français de réforme des PDEC.

Le nouvel article 7.101 des Principes contractuels communs prévoit en son alinéa 2 que si les négociations entre les contractants n'aboutissent pas dans un délai raisonnable, ces derniers peuvent (encore) le résilier d'un commun accord<sup>267</sup>. Ce n'est qu'à défaut que le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir.

Comme n'ont pas manqué de relever certains commentateurs, ce système a priori assez complexe illustre manifestement une réticence beaucoup plus grande des Principes contractuels communs à l'égard du juge que dans les PDEC<sup>268</sup>. « Au fond, on a la très nette impression que les rédacteurs de ce projet ont souhaité donner aux contractants le plus de “chances” possibles d'éviter l'ingérence du juge dans leur contrat. D'où ce pouvoir de résiliation conventionnelle à double détente »<sup>269</sup>.

Reste à s'interroger sur les raisons de ces préférences respectives.

### ***B. LES RAISONS QUI SOUS-TENDENT LES PRÉFÉRENCES NATIONALES RESPECTIVES***

**456.** Le droit comparé nous livre là encore certaines surprises. C'est la vision de la liberté contractuelle qui est ici en cause. Et celle-ci est perçue différemment par les droits français et allemand. Encore un malentendu...

**457.** En droit français, on considère généralement qu'entre la résiliation et la révision, il n'y a pas seulement une différence de degré mais une différence de nature.

---

<sup>267</sup> V. *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, op. cit.*, p. 536.

<sup>268</sup> D. MAZEAUD, « Principes du droit européen du contrat, Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », RTD eur. 2008, p. 737.

<sup>269</sup> *Ibid.* On notera que les auteurs de l'avant-projet TERRÉ ont estimé qu'il n'était pas nécessaire de préciser, à l'instar des Principes contractuels communs, que les parties peuvent encore procéder d'un commun accord à sa résiliation car la liberté contractuelle donne toujours aux parties la liberté de résilier leur contrat par commun accord ; et que cela suffit à retirer alors au juge le pouvoir de réviser le contrat ou d'y mettre fin : v. D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 246.

La première est perçue comme une espèce de force majeure étendue tandis que la seconde permet de partager le risque entre les parties<sup>270</sup>. La doctrine y décèle deux conceptions différentes du contrat et deux conceptions différentes de l'office du juge<sup>271</sup>.

En France, l'anéantissement du contrat est généralement perçu comme moins attentatoire à la liberté contractuelle que sa réécriture judiciaire. D'aucuns considèrent qu'il vaut mieux, de ce point de vue, être définitivement libéré plutôt que d'être tenu d'exécuter un contrat modifié par le juge<sup>272</sup>.

Au demeurant, il est présumé qu'un contrat judiciairement révisé sera souvent voué à l'échec : « On ne peut exclure en effet un sentiment de frustration de la part du "révisé" et puisque, par hypothèse, la relation contractuelle aura déjà échoué devant le tribunal, il serait bien étonnant qu'elle reprenne durablement après un passage plus ou moins long devant le juge... Il y a là quelque chose de la vérité fondamentale du contrat : imposer de l'extérieur une relation économique qui n'est pas voulue dans ses modalités essentielles par les parties est une illusion »<sup>273</sup>.

**458.** C'est exactement le raisonnement inverse qui est tenu en droit allemand pour justifier, cette fois, la primauté de l'adaptation du contrat sur sa résiliation.

Déjà dans son célèbre arrêt du 21 septembre 1920 ayant admis pour la première fois l'adaptation judiciaire du contrat, le *Reichsgericht* avait considéré que si les § 242 et 325 BGB permettent la résiliation du contrat dans son entier, il apparaît d'autant plus admissible d'en modifier certaines clauses. Il s'était donc servi de l'argument « qui peut le plus peut le moins » (*argumentum a maiore ad minus*), montrant par-là que la résiliation du contrat était considérée comme l'atteinte la plus grave à l'autonomie privée des parties (*Privatautonomie*).

Ce raisonnement a perduré au fil du temps et trouve aujourd'hui une consécration légale dans le nouveau § 313 BGB, qui fait de la résiliation du contrat

---

<sup>270</sup> V. en ce sens Y.-M. LAITHIER, « La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat », RDC 2010, p. 562 ; D. TALLON, « Chapter 27 – Hardship », in *Towards a European Civil Code, op. cit.*, p. 501.

<sup>271</sup> D. TALLON, art. préc., p. 501. L'auteur considère à ce titre qu'il ne faudrait parler d'imprévision ou de *hardship* que lorsqu'une révision est possible.

<sup>272</sup> V. en ce sens Y.-M. LAITHIER, *ibid.* Tel est également le raisonnement tenu par les juristes anglais : v. à ce titre Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, n° 136, p. 149 (qui s'appuie sur G. H. TREITEL).

<sup>273</sup> Th. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance », note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2485 et s.

un remède subsidiaire. D'après le § 313 alinéa 3, ce n'est que si l'adaptation du contrat n'est pas possible ou si elle est insupportable à l'une des parties que le contractant défavorisé peut résoudre le contrat.

Dans une décision remarquable du 30 septembre 2011, la première à avoir été rendue sur le fondement du nouveau § 313 BGB<sup>274</sup>, le *Bundesgerichtshof* a rappelé pourquoi il en était ainsi : la place subsidiaire ainsi faite à la résolution reposerait sur l'idée que l'anéantissement du contrat porte davantage atteinte à l'autonomie privée des parties (*Privatautonomie*) que son adaptation<sup>275</sup>.

La primauté accordée à l'adaptation du contrat en droit allemand s'explique donc avant tout par le fait que celle-ci est jugée moins attentatoire à la liberté contractuelle des parties que l'anéantissement du contrat, et plus respectueuse du principe de la force obligatoire du contrat et du principe de sécurité juridique<sup>276</sup>.

**459.** C'est dire combien les atteintes à la liberté contractuelle peuvent être ressenties différemment dans les systèmes juridiques respectifs.

### § 3. LA MARGE DE LIBERTÉ DU JUGE EN CAS D'INTERVENTION

**460.** L'étendue des pouvoirs du juge se mesure à l'aune de la marge d'appréciation qui lui est confiée dans le choix du remède approprié à l'imprévision (A) ainsi qu'à la liberté dont il dispose dans la détermination des modalités de la révision (B) et des modalités de la résiliation (B).

---

<sup>274</sup> V. décision préc. (rappelons que cet arrêt a consacré formellement une véritable obligation de renégocier à la charge des parties en cas de « trouble du fondement contractuel »).

<sup>275</sup> BGH 5. Zivilsenat, 30.9.2011, V ZR 17/11, préc., pt. 27 : « Sie [angeordnete Nachrangigkeit des Rücktritts] beruht auf dem Gedanken, dass die Auflösung eines Vertrages tiefer in die Privatautonomie eingreift als dessen Anpassung ». La Cour fait observer cependant que le raisonnement ne vaut pas lorsqu'aucune des parties ne souhaite poursuivre le contrat. C'était le cas en l'espèce : c'est la raison pour laquelle la partie défavorisée s'est vue reconnaître le droit de résilier le contrat.

<sup>276</sup> V. R. MEYER-PRITZL, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 313-314, n° 72 : « Dem Grundsatz der Vertragstreue entsprechend hat die Vertragsanpassung Vorrang vor der Vertragsauflösung » ; BGH 5. Zivilsenat, 31.1.1967, V ZR 125/65, BGHZ 47, p. 48 et s. : « Die Anwendung der Grundsätze über den Geschäftsgrundlage-Wegfall führt nur ausnahmsweise zur völligen Beseitigung des Vertragsverhältnisses ; in aller Regel ist – aus Gründen der Vertragstreue und der Verkehrssicherheit – der Vertrag nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten (...) ». En France, l'idée a été défendue par P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, th. Nancy, 1922, p. 196.

## **A. LE CHOIX DU REMÈDE APPROPRIÉ**

**461.** La plupart des projets de droit européen des contrats confèrent au tribunal les plus larges pouvoirs, et disons-le tout de suite : un véritable pouvoir discrétionnaire, tel que nous l'avons défini dans la première partie, puisqu'il lui revient le libre choix du remède à adopter en cas de changement imprévu des circonstances (1).

La liberté du juge est plus limitée dans les droits nationaux qui ont instauré une véritable hiérarchie (légale) entre les divers remèdes, et où l'adaptation du contrat constitue un véritable droit subjectif de la partie défavorisée (2).

### ***1. Le pouvoir discrétionnaire du juge dans les projets européens***

**462.** Le cas de l'imprévision est l'une des rares hypothèses où les projets de droit européen des contrats confèrent un véritable pouvoir discrétionnaire au juge (a). Paradoxalement, les juristes français, qui sont les plus réfractaires à la révision pour imprévision et qui décrient le plus le pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat, sont ceux qui plaident pour un dispositif encore plus souple que celui posé par les projets européens (b).

#### ***a) Le libre choix du remède par le juge dans les projets européens***

**463.** L'idée que le juge dispose des « plus larges pouvoirs » en vue de dénouer la situation contractuelle de crise revient comme un *leitmotiv* dans les commentaires « officiels » des projets de droit européen des contrats<sup>277</sup>.

---

<sup>277</sup> V. *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., vue d'ensemble, p. 33, commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 287 et 288 ; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, commentaire E sous l'art. III. – 1.110, p. 715.



**464.** En effet, le juge peut tout d'abord rejeter la demande s'il estime par exemple que le remède serait pire que le mal, notamment s'il devait engendrer une nouvelle situation d'imprévision, au détriment de l'autre partie<sup>278</sup>.

Mais il peut également choisir, soit d'anéantir le contrat, soit de le réviser. Comme l'ont formulé les auteurs des PDEC, les solutions énumérées par l'article 6.111 (3) sont de simples *facultés* pour le juge et non des obligations<sup>279</sup>, ce qu'indique l'emploi du verbe *pouvoir*<sup>280</sup>.

C'est dire le caractère tout relatif de la primauté de la révision du contrat dans ces instruments. Dans les PDEC, la primauté de la révision du contrat constitue en définitive une simple directive à l'attention du juge qui conserve en la matière une véritable liberté de choix du remède<sup>281</sup>.

On est bien là en présence d'un véritable pouvoir discrétionnaire du juge. L'imprévision est l'une des rares hypothèses dans les projets de droit européen des contrats où le juge est doté d'une véritable liberté de choix de la sanction à adopter, où il dispose du pouvoir de choisir entre deux ou plusieurs solutions juridiquement équivalentes d'après des considérations d'opportunité.

En matière d'imprévision, le juge est véritablement le maître du destin du contrat. On comprend alors que c'est lui qui soit doté du pouvoir de mettre fin au contrat et non la partie victime du changement des circonstances, à la différence de ce qui se passe en cas d'inexécution imputable à l'autre partie ou en cas d'impossibilité d'exécution<sup>282</sup>.

Bien qu'ils aient conféré au juge une entière liberté de choix du remède à apporter en cas d'imprévision, les rédacteurs des divers projets de droit européen des

---

<sup>278</sup> *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 287.

<sup>279</sup> *Ibid.*

<sup>280</sup> L'alinéa 3 de l'art. 6.111 PDEC énonce en effet que « Faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut (...) ». On trouve la même formulation à l'art. 6.2.3. (4) des Principes d'UNIDROIT ; l'art. III. – 1.110 (2) PCCR ; l'art. 7.101 des Principes contractuels communs ; l'art. 89 (2) de la proposition d'un droit commun européen de la vente.

<sup>281</sup> Encore que l'on puisse s'interroger sur l'existence même d'une telle directive, à la lecture de certains commentaires, comme celui de D. TALLON, « Chapter 27 – Hardship », in *Towards a European Civil Code, op. cit.*, p. 503 : « The only difference is that PECL have not formulated a preference for revision, as the German Courts do, it being felt that it was illusory to try to bind the judge by such a wish » (nous soulignons).

<sup>282</sup> V. également *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 288.

contrats n'en ont pas moins cherché à établir des règles détaillées, afin d'encadrer au mieux la marge de manœuvre du juge<sup>283</sup>. Ils ont veillé notamment à poser des conditions strictes au déclenchement du mécanisme de réajustement.

***b) L'appel à un dispositif encore plus souple en France ou les paradoxes de l'approche française***

**465.** Il est intéressant de noter que la doctrine française est, pour sa part, plutôt favorable à un style de rédaction plus concis. A la question de savoir s'il convient d'opter pour une disposition très détaillée, réduisant la marge de manœuvre du juge, ou pour une disposition plus large en faisant confiance au juge, la plupart des auteurs français marquent leur préférence pour la seconde branche de l'option<sup>284</sup>.

C'est ainsi que le projet français de révision des PDEC a opté pour une disposition allégée au motif qu'il serait « préférable de donner de simples idées directrices et de laisser un large pouvoir d'appréciation au juge »<sup>285</sup>.

Si cette préférence correspond à la technique législative française, elle peut laisser perplexe néanmoins. En effet, il peut sembler paradoxal que ceux qui décrivent le plus l'immixtion du juge dans le contrat plaident en faveur d'une technique législative souple, qui confère au juge une marge d'appréciation importante.

Comme l'a montré la première partie de notre étude, on craint en France les pouvoirs du juge mais cette crainte ne se traduit pas dans la technique législative. Elle s'exprime plutôt à travers les choix opérés au niveau du droit substantiel, tel le refus de la révision judiciaire pour imprévision.

Si l'on décidait toutefois à l'avenir de conférer au juge français la même liberté de choix du remède que dans les PDEC<sup>286</sup>, et de préserver en même temps le

---

<sup>283</sup> La Commission LANDO relève elle-même que la longueur du texte relatif au changement de circonstances démontre de la difficulté de régler l'une des questions les plus controversées du droit moderne des contrats : v. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, Vue d'ensemble, p. 33. Dans les Principes d'UNIDROIT, trois articles sont consacrés au traitement du *hardship* (v. les art. 6.2.1. à 6.2.3.).

<sup>284</sup> Sur cette option, v. en particulier M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. - 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », art. préc., n° 10.

<sup>285</sup> *Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs, op. cit.*, p. 535.

<sup>286</sup> C'est la voie choisie par l'avant-projet TERRÉ : v. D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 246 : « (...) le groupe a refusé d'imposer au juge une telle adaptation : le texte lui en donne le pouvoir, mais lui laisse la possibilité de mettre fin au contrat ».

style législatif français plus général et plus concis, les pouvoirs du juge s'agrandiraient d'autant.

## 2. Le pouvoir d'appréciation plus restreint du juge allemand

**466.** La marge de liberté du juge apparaît plus réduite dans les cas où le législateur a établi une véritable hiérarchie entre les remèdes, comme c'est le cas en droit allemand.

Ainsi qu'il ressort du § 313 al. 1 BGB, en principe, le « trouble du fondement contractuel » (*Störung der Geschäftsgrundlage*) donne naissance à un droit à l'adaptation du contrat (*Anspruch*)<sup>287</sup>. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'adaptation du contrat n'est pas possible (*unmöglich*) ou si elle est insupportable (*unzumutbar*) à l'une des parties que la partie défavorisée peut résoudre le contrat (v. le § 313 al. 3 BGB). Il en découle que le critère principal de l'adaptation du contrat est son caractère « supportable » (*Zumutbarkeit*)<sup>288</sup>.

Il s'agit là d'une notion juridique indéterminée que le juge va être amené à apprécier au cas par cas. Et ce n'est pas la seule d'ailleurs : aussi bien les conditions d'application de la théorie de la disparition du fondement contractuel que ses conséquences juridiques s'avèrent relativement imprécises. La doctrine allemande s'accorde à dire que cette « imprécision » (*Unbestimmtheit*) fait tout à la fois la force et la faiblesse de cette théorie<sup>289</sup>.

Ces notions juridiques indéterminées confèrent un large pouvoir d'appréciation au juge. Certains vont jusqu'à considérer qu'en cas de « trouble dans

---

<sup>287</sup> V. à ce titre BT-Drucks. 14/6040, p. 176 ; H. HEINRICHS, « Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage. Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB », in *Festschrift für Andreas HELDRICH zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2005, p. 190 et s.

<sup>288</sup> Ch. GRÜNEBERG, in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 313, n° 40: « Das maßgebliche Kriterium für die Anpassung ist die Zumutbarkeit ». Sur ce point précisément, il est intéressant de noter qu'une « cour d'appel » a jugé qu'à partir du moment où les parties auraient décidé de la résiliation du contrat plutôt que de son adaptation si elles avaient envisagé le « trouble du fondement contractuel », l'adaptation du contrat doit être qualifiée d'« insupportable » : v. Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken 8. Zivilsenat, 4.10.2012, 8 U 391/11 – 106, 8 U 391/11 (« Ergibt sich, dass die Parteien, hätten sie an die Störung gedacht, viel eher eine Auflösung als eine Anpassung des Vertrages vereinbart hätten, ist eine Anpassung unzumutbar »).

<sup>289</sup> V. en particulier H. KÖHLER, « Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung », in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. I, C.H. Beck, München, 2000, p. 296.

le fondement contractuel », le juge est amené à *choisir* entre l'adaptation du contrat et sa résiliation<sup>290</sup>.

**467.** Il ne faut toutefois pas s'y tromper. Il est certain que face à une demande d'adaptation du contrat, c'est le juge qui appréciera si l'adaptation apparaît « supportable » ou non dans le cas considéré, ce qui lui confère *de facto* le pouvoir de rejeter la demande du créancier. Autrement dit, il existe bel et bien une certaine flexibilité au niveau de l'effet juridique.

Mais en stricte théorie, le juge n'a pas ici le pouvoir de choisir entre deux mesures juridiquement équivalentes : soit l'adaptation n'apparaît pas insupportable pour l'une des parties, dans ce cas, le juge devra y faire droit ; soit elle apparaît insupportable à l'une des parties, dans ce cas, la partie lésée n'aura d'autre choix que de résoudre/résilier le contrat.

Comme l'a montré notre première partie, il ne faut pas confondre liberté de choix de l'effet juridique (pouvoir discrétionnaire) et simple pouvoir d'appréciation résultant de l'emploi de notions juridiques indéterminées.

**468.** Le juge allemand est d'autant moins libre dans le choix du remède que l'adaptation du contrat est conçue, en droit allemand, comme un véritable *droit subjectif* de la partie lésée. Le voilà à nouveau.

C'est dire qu'à partir du moment où le « trouble du fondement contractuel » est avéré et que l'adaptation du contrat n'est pas « insupportable » pour l'une des parties, le juge doit faire droit à la demande d'adaptation qui lui est soumise, du moins en son principe<sup>291</sup>.

En somme donc, le système allemand s'avère plus rigide que celui mis en place par les projets de droit européen des contrats. Cette rigidité permet de concevoir le droit de résolution/résiliation du contrat comme une prérogative unilatérale de la partie lésée et non comme une prérogative judiciaire<sup>292</sup>.

---

<sup>290</sup> V. R. MEYER-PRITZL, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 313-314, n° 72 : « Liegen die Voraussetzungen der Störung der Geschäftsgrundlage vor, hat der Richter zwischen den Rechtsfolgen der Vertragsanpassung und der Auflösung des Vertrages zu entscheiden ».

<sup>291</sup> On verra par la suite qu'en ce qui concerne les *modalités* de la révision du contrat, le juge a toutefois son mot à dire.

<sup>292</sup> Il est vrai que certains auteurs relativisent le caractère unilatéral de la résolution du contrat en cas d'imprévision en relevant que si la loi la veut extrajudiciaire, en pratique, elle se transforme en résolution

## **B. LES MODALITÉS DE LA RÉVISION**

**469.** La question centrale de la théorie de l'imprévision a toujours été celle de savoir si le juge est autorisé à réviser le contrat. La doctrine s'est beaucoup moins préoccupée des modalités de la révision, et par-là de la question de sa mesure.

La nature de la tâche attribuée au juge est inséparable d'une certaine dose de liberté. Le législateur, lorsqu'il s'y résout, a beaucoup de mal à encadrer ce « pouvoir concepteur »<sup>293</sup> (1). La pratique processuelle le permet davantage (2). Il en ressort en tout cas que l'intervention du juge n'est pas un blanc seing qui lui serait accordé<sup>294</sup>.

### **1. Un encadrement légal difficile**

**470.** La révision du contrat attire irrésistiblement vers des standards, des concepts flous<sup>295</sup>. Pour certains, l'extrême difficulté d'établir un critère précis et pertinent d'adaptation du contrat est une raison majeure d'hésiter sur son instauration<sup>296</sup>.

Les divers systèmes juridiques peinent à poser des critères convaincants (a) et appellent donc à la modération judiciaire (b).

#### **a) La recherche de critères fiables**

**471.** Si l'on vient d'attester au droit allemand une certaine rigidité, on doit constater en même temps que l'adaptation du contrat y est très peu encadrée (i). Sur ce point, le droit européen des contrats fait montre de plus grands efforts (ii).

judiciaire en raison des termes particulièrement vagues de la loi : v. G. MÄSCH, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », RDC 2013, p. 1637 et s.

<sup>293</sup> L'expression est empruntée à D. MAZEAUD, « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Paris, Litec, 1999, p. 217.

<sup>294</sup> V. déjà M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. - 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », art. préc., n° 19. V. également B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung*, *op. cit.*, p. 60 : « Die Anpassung des Vertrages nach § 242 steht nicht im freien Ermessen des Richters ».

<sup>295</sup> E. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », RDC 2010, p. 1065.

<sup>296</sup> V. en ce sens E. SAVAUX, *ibid.*

*(i) Droit allemand*

472. Si la révision du contrat est très peu encadrée en droit allemand, c'est peut-être parce que l'ancienne théorie prétorienne de la « disparition du fondement contractuel » pouvait conduire à nier le fait que le juge devenait partie à l'écriture du contrat, à tout le moins sur le plan théorique.

En effet, avant la réforme du droit des obligations, la jurisprudence allemande considérait que l'adaptation (*Anpassung*) du rapport contractuel au changement de circonstances se produisait automatiquement, par l'effet de la loi (*kraft Gesetzes*). Elle en déduisait alors que l'activité du juge ne consistait nullement à *créer* une nouvelle situation juridique (*Rechtsgestaltung*) mais simplement à *dire* le droit (*Rechtsfindung*) : le juge ne ferait qu'exprimer ici les modifications intervenues d'elles-mêmes en vertu du § 242 BGB<sup>297</sup>.

Cette conception des pouvoirs du juge pouvait donner l'impression trompeuse d'un jugement quasi-automatique, ne nécessitant aucune appréciation autonome de la part du juge<sup>298</sup>. On retrouve ici le doctrinarisme du droit allemand que nous avons dénoncé dans la première partie.

Le législateur de 2002 a abandonné ce modèle de l'adaptation automatique et l'a remplacé par un système de « droits » (*Anspruchslösung*) : désormais, ainsi qu'il ressort du § 313 al. 1 BGB, chaque partie peut demander à l'autre une adaptation du contrat en cas de « trouble du fondement contractuel » ; autrement dit, une fois constitué, celui-ci donne naissance, pour chaque partie, à un droit à l'adaptation du contrat<sup>299</sup>. Celui-ci doit donc être invoqué par la partie intéressée. L'adaptation

---

<sup>297</sup> V. par ex. BGH 5. Zivilsenat, 19.11.1971, V ZR 103/69, NJW 1972, p. 152 : « (...) weil auch hier das richterliche Urteil nicht die rechtlichen Beziehungen der Parteien neu schafft, sondern bloß ausspricht, welche Umgestaltung die bestehenden Rechtsbeziehungen durch die Veränderung der Umstände nach Treu und Glauben erlitten haben ».

<sup>298</sup> La restriction de la liberté d'appréciation judiciaire est bien inhérente aussi à l'expression française « De plein droit », qui correspond à l'expression allemande « Par l'effet de la loi ». Comme l'a montré Ch. ATIAS, « “De plein droit” », D. 2013, p. 2183 et s., l'expression est utilisée dans deux sens. Au sens propre, l'expression implique que l'intervention même du juge est inutile. Parfois, elle est utilisée pour marquer que la liberté d'appréciation du juge est restreinte : « Si le juge intervient, c'est avec une fonction purement déclarative ».

<sup>299</sup> BT-Drucks. 14/6040, p. 176 ; J. SCHMIDT-RÄNTSCH, « Zehn Jahre Schuldrechtsreform », ZJS 3/2012, p. 309.

n'opère plus automatiquement. Cette nouvelle conception n'apporte toutefois pas de changement majeur en pratique pour le sujet qui nous intéresse ici.

Le nouveau § 313 BGB se contente de consacrer un droit à l'adaptation du contrat, sans préciser selon quels critères l'adaptation doit se faire. Nul doute que le juge jouit ici d'une grande marge d'appréciation dans la détermination des modalités de l'adaptation du contrat. La doctrine allemande ne cache pas que l'adaptation du contrat est un terrain propice à la création juridique et à la fantaisie du juge<sup>300</sup>.

### *(ii) Droit européen des contrats*

**473.** Le mérite des projets de droit européen des contrats est d'avoir établi certains critères venant encadrer la révision judiciaire du contrat. Cet encadrement repose tantôt sur des critères objectifs, tantôt sur des critères subjectifs<sup>301</sup>.

Au titre des critères objectifs, on peut citer les PDEC qui canalisent le pouvoir du juge en prévoyant qu'il doit procéder à une « distribution équitable entre les parties des pertes et profits qui résultent du changement de circonstances » (art. 6.111 (3) (b)). Le critère de l'équité ou du raisonnable a été retenu également par le PCCR et le projet français de révision des PDEC, de façon plus large encore<sup>302</sup>. Certains l'ont critiqué au motif qu'il serait trop évasif et qu'il présenterait l'inconvénient de pouvoir conduire à une solution très éloignée des prévisions des parties<sup>303</sup>. C'est la raison pour laquelle certains projets de réforme privilégient un critère plus subjectif, plus proche de la volonté des parties.

**474.** Au titre des critères subjectifs, on peut citer la directive donnée au juge par la proposition de règlement d'un droit commun européen de la vente. Il lui est demandé de « mettre le contrat en conformité avec ce que les parties auraient

---

<sup>300</sup> V. en particulier H. KÖHLER, « Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung », art. préc., p. 296.

<sup>301</sup> V. R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, op. cit., n° 188.

<sup>302</sup> V. l'art. III. – 1.110 (2) (a) PCCR (« modifier l'obligation de manière à la rendre raisonnable et équitable dans les circonstances nouvelles ») et l'art. 7.101 (2) Principes contractuels communs (« le juge peut réviser équitablement le contrat »). Ici, il s'agit de rétablir l'équilibre des prestations. L'équité ne se réfère pas spécialement à la répartition des pertes et des profits entre les parties comme c'est le cas dans les PDEC.

raisonnablement convenu au moment de la conclusion du contrat si elles avaient tenu compte du changement de circonstances (art. 89 (2) (a)). On notera que c'est dans le même esprit que l'avant-projet Terré de réforme du droit français des contrats, a retenu le standard des attentes légitimes : « le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties » (art. 92 al. 3). Ces critères subjectifs ne sont pas exempts de critiques eux non plus. Certains ont parlé d'une démarche divinatoire, qui pourrait se révéler hasardeuse<sup>304</sup>.

**475.** En pratique, les critères objectifs et subjectifs pourraient s'appliquer cumulativement, comme en témoigne la jurisprudence allemande. Celle-ci n'a pas attendu le législateur pour élaborer certains critères destinés à encadrer la révision judiciaire du contrat.

Comme nous l'avons déjà dit, la référence au « supportable » (*Zumutbarkeit*) constitue la mesure de l'adaptation du contrat en droit allemand : le juge doit vérifier que les propositions de modification formulées par les parties rétablissent bien le caractère « supportable » de l'exécution du contrat pour la partie lésée au sens du § 313 al. 1<sup>er</sup> BGB et qu'elles parviennent à un équilibre approprié des intérêts respectifs (*sachgerechter Interessenausgleich*), conforme à l'esprit du contrat initial<sup>305</sup>. Pour ce faire, le juge doit procéder à une pondération des intérêts en présence (*Interessenabwägung*)<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> Pour une critique, v. D. FENOUILLET, « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 246 ; M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. - 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », art. préc., n° 19.

<sup>304</sup> V. en ce sens R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, *op. cit.*, n° 188 ; R. MOMBORG, « Change of circumstances under the Common European Sales Law », IHR 2013, p. 7, qui observe qu'il est très probable que si les parties (ou l'une d'elle) avait prévu le changement de circonstances, elles n'auraient pas conclu le contrat du tout. Il considère en somme que « One of the concerns of the Expert Group and the stakeholders was that the article should offer a clear guidance to the court with regard to the aim of the contract adaptation. However, the option finally adopted by the CESL may be not the best at this respect ».

<sup>305</sup> V. par ex. BGH 1. Zivilsenat, 4.7.1996, I ZR 101/94, BGHZ 133, p. 281 et s. : « Maßstab für die Anpassung ist die Zumutbarkeit, die eine umfassende Interessenabwägung erforderlich macht. Dies gilt nicht nur für die Tatbestands-, sondern auch für die Rechtsfolgende Seite ». L'arrêt indique que le critère du « supportable », qui est déterminant au niveau du présupposé de la norme, pour caractériser l'existence du « trouble du fondement contractuel », l'est également au niveau de l'effet juridique, car il donne la mesure de l'adaptation du contrat. V. également D. LOOSCHELDERS, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., *op. cit.*, n° 784 : « Ziel der Anpassung ist also, auf der Grundlage der veränderten Verhältnisse unter Berücksichtigung des Parteiwillens einen optimalen Interessenausgleich zu bewirken » ; J. D. LÜTTRINGHAUS, art. préc., p. 292 (avec d'autres références).

<sup>306</sup> V. BGH 1. Zivilsenat, 4.7.1996, préc. ; Ch. GRÜNEBERG, in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 313, n° 40 (avec d'autres références).



Même combinés, les critères laissent une grande marge d'appréciation au juge. Cette liberté se traduit dans les multiples formes que peut prendre la révision du contrat.

### *b) L'appel à la modération judiciaire*

**476.** Conscients de cette hésitation et des risques pour la sécurité juridique, les auteurs des projets de droit européen des contrats ont enjoint au juge de faire un usage modéré de son pouvoir d'intervention, en s'appuyant ici sur l'expérience acquise dans les pays qui admettent la révision pour imprévision<sup>307</sup>.

En droit allemand, la jurisprudence elle-même a posé comme principe que les seules modifications auxquelles le juge peut procéder sont celles qui sont impérativement nécessaires en vue d'obtenir un résultat conforme au principe de la bonne foi (§ 242 BGB)<sup>308</sup>.

Dans cette logique, certains enseignent que la tâche du juge n'est pas de refaire le contrat mais d'adapter le contrat en vue de réduire l'excessive onérosité causée par le changement imprévu des circonstances<sup>309</sup>. L'adaptation du contrat devrait permettre de distribuer les pertes causées par le changement de circonstances de façon à ce que l'exécution du contrat redevienne possible ou « supportable » pour la partie lésée<sup>310</sup>. C'est dire qu'il n'y a pas lieu de partager entre les parties *tous* les coûts résultant du changement de circonstances mais seulement ceux qui dépassent la

---

<sup>307</sup> V. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 288 ; *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1, commentaire E sous l'art. III. – 1.110, p. 715.

<sup>308</sup> V. BGH 4. Zivilsenat, 21.2.1952, IV ZR 103/51, NJW 1952, p. 778 : « Dabei sind nur solche Eingriffe in das begründete Rechtsverhältnis vorzunehmen, die unumgänglich notwendig erscheinen, um ein mit Treu und Glauben zu vereinbarendes Ergebnis zu erzielen ». Adde H. KÖHLER, art. préc., p. 309, qui affirme que l'intensité de l'intervention judiciaire doit s'orienter au principe de proportionnalité (*Verhältnismäßigkeit*) : « Der Eingriff darf nicht weiter gehen, als zur Erreichung des Ziels der Risikobefreiung erforderlich ist ».

<sup>309</sup> V. R. MOMBERG, « Change of circumstances under the Common European Sales Law », art. préc., p. 7 : « The task of the court is not to re-draft the agreement, but to adapt the contract in order to reduce the excessive onerosity caused by the supervening events ». Rappr. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 288 : « Il y a cependant une limite à ce pouvoir : le juge peut modifier telle ou telle clause du contrat, mais il ne peut refaire celui-ci ».

<sup>310</sup> V. en ce sens R. MOMBERG, *ibid.* Comp. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, th. préc., n° 808 (à propos de la révision *conventionnelle*) : « Sauf volonté contraire, la clé de répartition tient dans l'éviction du caractère dérisoire. De fait, lorsque l'imprévu crée une charge péri-contractuelle, celle-ci doit être supportée par les deux parties, le créancier assumant la fraction de la charge qui rend dérisoire l'échange (...) ».

« limite du sacrifice »<sup>311</sup>. Autrement dit, il ne s'agirait pas de rétablir intégralement l'équilibre contractuel initial.

Mais comme l'a montré l'exemple de la révision des clauses pénales excessives dans la première partie, la mesure du pouvoir de révision dépendra en définitive de la pratique des tribunaux.

Dans certains systèmes juridiques, la marge de liberté dont jouit le tribunal pour adapter le contrat se voit contrebalancée en tout cas par l'obligation qui lui est faite de motiver longuement sa décision. Des arrêts « longuement motivés » sont le gage que les « garde fous » posés pour la préservation de la sécurité juridique seront efficacement employés<sup>312</sup>.

Dans l'ensemble, les directives posées par le législateur restent très générales et extrêmement souples. La véritable « contrainte » pour le juge est d'ordre processuel.

## ***2. Les contraintes d'ordre processuel***

**477.** Dès avant la réforme du droit allemand des obligations, les pouvoirs du juge se voyaient déjà limités par le droit processuel. Dans la mesure où l'adaptation du contrat opérait automatiquement et non au travers d'un acte « constitutif » du juge (*richterlicher Gestaltungsakt*), pour en obtenir le bénéfice, la partie lésée pouvait intenter directement une action en recouvrement de la prestation qui lui semblait devoir découler d'une adaptation appropriée (raisonnable) du contrat, donc une action en exécution forcée en nature (*unmittelbare Leistungsklage*).

Or, l'action suppose que le demandeur formule et chiffre très précisément sa demande<sup>313</sup>, si bien que c'est à lui qu'il incombait de trouver le contenu « pertinent »

---

<sup>311</sup> R. MOMBERG, art. préc., p. 8.

<sup>312</sup> V. C. WITZ, « Révision judiciaire des contrats », chron. de droit allemand, RTD civ. 1994, p. 451 ; Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, th. préc., n° 95.

<sup>313</sup> V. le § 253 (2) 2 : « Die Klageschrift muss enthalten : die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen *bestimmten* Antrag » (l'acte introductif d'instance doit contenir l'indication précise de l'objet et de la raison du droit invoqué ainsi qu'une demande *déterminée*).

du contrat modifié<sup>314</sup>. Conformément au principe dispositif, le tribunal est lié par les demandes respectives des parties et ne peut influencer sur celles-ci qu'en exerçant ses droits relatifs à la conduite de l'instance, en particulier son droit de poser des questions et d'inviter les parties à formuler des demandes pertinentes<sup>315</sup>. Ce n'est donc que de façon indirecte que le tribunal participait à la détermination des modalités de la révision du contrat.

**478.** L'abandon du modèle de l'adaptation *automatique* du contrat au profit du modèle d'un *droit à l'adaptation*, décidé par le législateur de 2002, n'a pas opéré de changement à ce niveau<sup>316</sup>.

Ainsi qu'il ressort de l'arrêt remarqué du *Bundesgerichtshof* en date du 30 septembre 2011, lorsque la partie favorisée par le changement de circonstances refuse toute coopération en vue de l'adaptation du contrat, la partie lésée a la possibilité de l'assigner *directement* en recouvrement de la prestation découlant d'une adaptation appropriée du contrat (*unmittelbare Leistungsklage aus dem angepassten Vertrag*). C'est l'une des deux alternatives envisagée par la Cour afin que la partie lésée puisse obtenir l'exécution forcée de son droit à l'adaptation du contrat. La demande de la partie lésée connaît donc les mêmes exigences qu'auparavant. Par conséquent, il ne suffit pas que celle-ci introduise une demande de « révision appropriée » du contrat que seul le juge aurait à déterminer.

La nouveauté par rapport au droit antérieur réside dans la seconde alternative prévue par la Cour fédérale allemande afin que la partie lésée puisse obtenir l'exécution forcée de son droit à l'adaptation. Selon la Cour, la partie lésée a la possibilité d'introduire de façon isolée une demande en adaptation du contrat (*Klage auf Anpassung*). Or là encore, une éventuelle demande en ce sens doit être déterminée

---

<sup>314</sup> S. LORENZ, Th. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, op. cit.*, n° 397 : « Diese Anpassung trat nach der Rechtsprechung *ipso iure* und nicht durch einen richterlichen Gestaltungsakt ein, so daß es dem Kläger oblag, durch seine Antragstellung den "zutreffenden" Inhalt des geänderten Vertrages zu treffen (...) ».

<sup>315</sup> V. sur ce point V. EMMERICH, *Das Recht der Leistungsstörungen, op. cit.*, § 29, p. 455 : « Die prozessuale Folge dieser Ansicht [kein richterlicher Gestaltungsakt] war, daß die Gerichte bei der Vertragsanpassung an die *Anträge* der Parteien gebunden waren, so daß sie nur durch eine großzügige Handhabung ihres Fragerechts aus § 139 II ZPO erreichen konnten, daß die Parteien die nach ihrer Meinung durch den Wegfall der Geschäftsgrundlage gebotenen Anträge stellten ». V. également BGH 5. Zivilsenat, 14.10.1977, V ZR 253/74, NJW 1978, p. 695 et s. : « Der Richter muß daher, ohne seine Entscheidung vorwegzunehmen (...) die nach seiner Auffassung in Betracht kommenden Lösungen, mit den Parteien erörtern und ihnen die Gelegenheit geben, sachdienliche, das heißt auf die ihnen eröffneten Lösungsmöglichkeiten abgestimmte Anträge zu stellen (§ 139 ZPO) ».

<sup>316</sup> V. BT-Drucks. 14/6040, p. 176.

et précise : la Cour a considéré que la partie lésée devait formuler elle-même la modification que doit connaître le contrat et en faire l'objet de sa demande<sup>317</sup>.

L'adaptation du contrat étant un processus créatif, il peut sembler judicieux de demander aux parties d'y participer activement au moyen de demandes déterminées, et de ne pas s'en remettre prioritairement au juge<sup>318</sup>.

Cette réalité processuelle a fait dire à certains que si en théorie, il existe bien tout un panel de modifications (adaptations) possibles, dans le cas concret, il ne s'agira bien souvent que de déterminer si la modification demandée par la partie lésée est fondée ou non<sup>319</sup>.

**479.** L'affaire du *Canal de Craponne* est exemplaire à ce titre. En effet, pour accueillir la demande de révision du contrat de la partie lésée, le tribunal civil d'Aix avait jugé que « le marquis de Gallifret [partie lésée] reste dans les bornes raisonnables et équitables en demandant que, pour l'avenir, le droit d'arrosage qui lui est dû par les propriétaires arrosants de la commune de Péligon soit élevé de 15 centimes à 60 centimes pour chacune des fois qu'ils arroseront la contenance de terrain indiquée dans l'acte du 22 juin 1567, et que cette augmentation doit être ordonnée »<sup>320</sup>. Le juge de première instance s'était bien contenté d'apprécier la demande de modification formulée par la partie lésée.

Par suite, la cour d'appel d'Aix avait considéré que « les premiers juges, *en fixant* cette augmentation à 60 centimes par carteirade, ont sagement apprécié les faits du procès »<sup>321</sup>. Par conséquent, dire que le juge détermine la mesure de la révision<sup>322</sup> ne signifie pas pour autant que la révision dépend uniquement de sa volonté.

---

<sup>317</sup> Décision préc., pt. 34 : « Hierzu kann die benachteiligte Partei eine von ihr formulierte Änderung des Vertrages zum Gegenstand der Klage machen ». Sans pouvoir entrer dans le détail du droit processuel allemand, on notera simplement qu'ici, la demande vise à ce que la partie adverse accepte la modification par elle formulée (*Antrag auf Zustimmung zur Anpassung*). Or, selon un principe bien établi, une telle demande n'est considérée comme déterminée au sens du § 253 ZPO que si elle formulée de façon à ce qu'elle puisse faire l'objet d'une exécution forcée (*Vollstreckung*) en vertu du § 894 ZPO : v. BGH 9. Zivilsenat, 18.11.1993, IX ZR 256/92, NJW-RR 1994, p. 317 et s. Cette demande d'adaptation du contrat constitue elle aussi une demande en recouvrement d'une prestation (*Leistungsantrag*). V. sur ce dernier point : P. SCHLOSSER, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, Gieseking, 1966, p. 134 (l'adaptation du contrat n'opère pas au moyen d'un « Gestaltungsurteil », d'un jugement « constitutif » / « formateur »).

<sup>318</sup> V. en ce sens J. D. LÜTTRINGHAUS, « Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage. Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB », AcP 213 (2013), p. 286 et s.

<sup>319</sup> V. en ce sens H. HEINRICHS, « Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage. Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB », art. préc., p. 200.

<sup>320</sup> V. GAJC, t. 2, *op. cit.*, n° 165, p. 185.

<sup>321</sup> *Ibid.*

**480.** Partout on relève que les experts, les demandes des parties et le jeu du contradictoire pendant le contentieux sont autant de données mises à la disposition du juge, lui permettant de justifier sa décision par des éléments circonstanciés<sup>323</sup>.

Mais au final, c'est au juge qu'il revient d'apprécier les propositions formulées par les parties au regard des critères légaux, et de décider *in fine* si elles sont justifiées ou non. Or, nous avons vu combien ces critères étaient vagues, ce qui lui laisse une grande marge d'appréciation.

### C. LES MODALITÉS DE LA RÉSILIATION

**481.** Parce qu'il permet au juge de prendre part à l'écriture du contrat, le pouvoir de révision est logiquement au centre des interrogations et des controverses relatives aux pouvoirs du juge. Cependant, le pouvoir de résiliation du contrat en cas d'imprévision est appréhendé lui aussi de façon très souple dans la plupart des instruments de droit européen des contrats puisque le juge est autorisé à « mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe »<sup>324</sup>. Cette liberté a fait dire à certains que le juge pourrait procéder à une révision indirecte du contrat par ce biais. Il convient donc d'envisager ces deux aspects.

#### 1. La détermination de la prise d'effet de l'anéantissement du contrat

**482.** Autoriser le juge à mettre fin au contrat « à la date qu'il fixe », c'est lui permettre de fixer l'étendue des restitutions<sup>325</sup>. Pour marquer cette liberté, il semble

---

<sup>322</sup> V. en ce sens également BGH 5. Zivilsenat, 14.10.1977, V ZR 253/74, NJW 1978, p. 695 et s. : « Art und Umfang der Anpassung bestimmt im Streitfall der Richter ».

<sup>323</sup> V. M. ALMEIDA PRADO, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », art. préc., p. 886.

<sup>324</sup> Parmi les projets d'unification du droit européen des contrats : v. l'art. 6.111 (3) (a) PDEC ; l'art. 6.2.3 (4) (a) Principes d'UNIDROIT ; l'art. III. – 1.110 (2) (b) PCCR ; l'art. 89 (2) (b) de la proposition d'un droit commun européen de la vente. Parmi les projets de réforme du droit français des contrats, v. l'art. 92 (3) de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 104 (2) de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013).

<sup>325</sup> On notera que d'autres sont plus restrictifs sur ce point : v. par ex. l'art. 7.101 (2) Principes contractuels communs : « (...) le juge peut réviser équitablement le contrat ou le priver d'effets pour l'avenir » (nous soulignons) ; les auteurs n'explicitent toutefois pas les raisons de ce choix.

que les textes en question aient délibérément opté pour un vocabulaire neutre. En effet, « mettre fin au contrat » est une formule techniquement imprécise<sup>326</sup>. Le juge peut donc prononcer la résiliation ou la résolution du contrat, ou constater sa caducité<sup>327</sup>.

C'est pour des raisons de commodité que nous avons parlé jusqu'à présent de résiliation du contrat comme alternative à sa révision. Arrivés à ce stade, il convient d'être plus précis. Car le support conceptuel du pouvoir du juge n'est pas neutre : celui-ci déterminera l'étendue des pouvoirs du juge et la portée, dans le temps, de sa décision de mettre fin au contrat.

On envisagera successivement les concepts retenus en droit européen des contrats (a), en droit français (b) et en droit allemand (c).

#### *a) Droit européen des contrats*

**483.** Dans la perspective du droit européen des contrats, dire que le juge « peut mettre fin au contrat » en cas de changement de circonstances permet de marquer une différence avec la résolution, qui pourrait être réservée au cas d'inexécution du contrat.

C'est bien la notion de résolution qui est utilisée dans la version française des PDEC, au titre des remèdes à l'inexécution du contrat (v. l'art. 9.301 PDEC, intitulé « Droit de résoudre le contrat »)<sup>328</sup>. Or, dans les PDEC, la résolution du contrat en cas d'inexécution ne requiert pas l'intervention du juge. Par ailleurs, celle-ci n'opère que pour l'avenir (v. l'art. 9.305 (1) PDEC).

Il en va autrement en cas d'imprévision : l'anéantissement du contrat requiert ici l'intervention du juge, qui est libre de fixer la date de la fin du contrat. C'est précisément en raison du fait que la fin du contrat ne dépend pas ici de l'inexécution

---

<sup>326</sup> V. déjà E. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », art. préc., p. 1064 ; D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal "moins" », note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2481 et s.

<sup>327</sup> E. SAVAUX, *ibid.*

des prestations de l'une des parties que certains rédacteurs ont considéré que les effets de la fin du contrat sur les prestations déjà exécutées pourraient être différents de ceux prévus par les règles régissant la résolution faisant suite à l'inexécution<sup>329</sup>. L'utilisation d'un vocabulaire distinct permet de souligner ces différences et pourrait laisser entendre que la notion de résolution est étroitement liée à l'hypothèse d'inexécution du contrat<sup>330</sup>.

### *b) Droit français*

**484.** Tel est le cas en droit français. En effet, la résolution est définie comme la sanction consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations<sup>331</sup>. La résolution du contrat est donc l'anéantissement en principe rétroactif du contrat, à raison de son inexécution<sup>332</sup>.

**485.** La résiliation du contrat est le plus souvent présentée comme un diminutif de la résolution<sup>333</sup>. Dans certains cas – et on considère traditionnellement qu'il s'agit du cas des contrats à exécution successive –, la résolution ne produisant pas d'effet rétroactif, il y a lieu de considérer que la destruction du contrat ne vaut que pour l'avenir<sup>334</sup>. L'institution change alors d'appellation et se nomme « résiliation »<sup>335</sup>.

<sup>328</sup> Dans les Principes d'UNIDROIT, on trouve également l'utilisation du terme « résolution » dans le chapitre 7 relatif à l'inexécution.

<sup>329</sup> V. de façon explicite *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 2010, commentaire sous l'art. 6.2.3, p. 228.

<sup>330</sup> Cette dernière analyse semble être confirmée par P. HUBER, in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, v° Vertragsaufhebung. Dans la version allemande des PDEC, la « résolution » (pour inexécution) est appelée « Vertragsaufhebung », qui est un terme relativement neutre. Et pourtant, HUBER n'hésite pas à considérer qu'en droit européen des contrats, le terme « Vertragsaufhebung » renvoie (uniquement) à l'hypothèse où une partie se retire unilatéralement du contrat en raison de l'inexécution de celui-ci : « Unter Vertragsaufhebung im Sinne des europäischen Vertragsrechts versteht man die einseitige Abstandnahme einer Partei von einem Vertrag wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht ». Le doute est toutefois permis. En effet, dans le commentaire qui accompagne la version française des PDEC, en particulier son article 6.111 relatif au changement de circonstances, il est indiqué que « le juge peut, (...) soit adapter le contrat, soit en prononcer la résolution » (nous soulignons) : v. *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, p. 287.

<sup>331</sup> *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, v° Résolution.

<sup>332</sup> Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., n° 24.

<sup>333</sup> *Lexique des termes juridiques*, *op. cit.*, v° Résiliation ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 240.

<sup>334</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 24.

<sup>335</sup> *Ibid.*

Ainsi, résolution et résiliation du contrat se distinguent avant tout par leurs effets : la résolution est rétroactive alors que la résiliation ne l'est pas.

Si la résiliation n'est qu'un autre mot pour la résolution, elle sanctionne logiquement l'inexécution du contrat<sup>336</sup>. C'est précisément pour cette raison que certains estiment que la résiliation du contrat est une sanction inappropriée en cas d'échec des négociations entre les parties suite à l'imprévision. Car, fait-on observer, lorsque la négociation échoue en dépit de la bonne foi des parties, la cause de la mort contractuelle ne tient pas à une inexécution imputable, mais à l'imprévu<sup>337</sup>.

**486.** En pratique toutefois, le terme « résiliation » a une acception plus large car il est utilisé également pour faire état de la faculté d'anéantissement *unilatéral*, non rétroactif, d'un contrat à durée indéterminée et ce indépendamment de l'existence d'une quelconque inexécution<sup>338</sup>.

Il est admis traditionnellement que les contrats à durée indéterminée, c'est-à-dire les contrats à exécution successive conclus sans détermination de durée, peuvent être résiliés par la volonté d'une seule partie. Ici, la faculté de résiliation unilatérale apparaît comme le corollaire naturel du principe de la prohibition des engagements perpétuels<sup>339</sup>. Posée expressément pour certains contrats à durée indéterminée<sup>340</sup>, cette faculté de résiliation unilatérale a été étendue par la jurisprudence à tous les contrats successifs dans lesquels aucun terme n'a été prévu<sup>341</sup>.

Aussi certaines voix aimeraient réserver l'emploi du terme résiliation aux seuls cas dans lesquels une partie décide de mettre fin (unilatéralement) à la relation contractuelle, et ce quel qu'en soit le motif<sup>342</sup>.

Dans ce cas, le critère de distinction entre la résolution et la résiliation résiderait avant tout dans le mode de rupture du contrat : alors que la résolution serait

<sup>336</sup> V. *Lexique des termes juridiques*, op. cit., v° Résiliation : « Suppression pour l'avenir d'un contrat successif, en raison de l'inexécution par l'une des parties de ses obligations » (nous soulignons).

<sup>337</sup> V. en ce sens L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, th. préc., n° 856. Selon l'auteur, même si les négociations devaient échouer par la faute d'une partie, on ne devrait pas retenir l'idée d'une résiliation aux torts exclusifs de la partie fautive. Une telle sanction véhiculerait à son sens une conception singulière de la causalité : au lieu de rattacher la mort du contrat à la disparition accidentelle de son but, on la raccrocherait à la mauvaise foi dans les négociations. Le négociateur de mauvaise foi devrait bien être sanctionné mais pas sur ce terrain : l'échec fautif des négociations devrait emporter condamnation à des dommages-intérêts.

<sup>338</sup> *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence*, op. cit., p. 514. A ce titre, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 479 et s.

<sup>339</sup> *Terminologie contractuelle commune, ibid.*

<sup>340</sup> Par ex. pour le contrat de travail (art. L. 1232-1 et s. C. trav.) ou le contrat de bail (art. 1736 C. civ.).

<sup>341</sup> V. par ex. Com., 15 décembre 1969, Bull. IV, n° 384, p. 355.

<sup>342</sup> V. en ce sens Th. GENICON, th. préc., n° 25 (avec d'autres références).



de nature judiciaire, la résiliation serait quant à elle de nature extrajudiciaire, unilatérale.

**487.** Malgré toutes ces tentatives de précision, il règne une certaine confusion terminologique en droit français.

La jurisprudence et le Code civil lui-même utilisent le terme résiliation pour désigner l'anéantissement *rétroactif* du contrat à raison de son inexécution, en faisant ainsi l'exact synonyme du mot résolution<sup>343</sup>.

En même temps, la doctrine n'utilise pas toujours le terme de résiliation pour qualifier la prérogative unilatérale d'une partie de mettre fin au contrat. Il est souvent question de résolution extra-judiciaire du contrat. Certes, le terme résolution est complété ici par le qualificatif « extra-judiciaire » mais en définitive, le mot résolution est utilisé pour décrire deux mécanismes différents (bien que fonctionnellement équivalents).

**488.** Cette confusion a peut-être incité la doctrine à envisager une troisième voie : celle de la caducité du contrat. La caducité est un concept, semble-t-il, exclusivement francophone<sup>344</sup>.

Selon une définition classiquement retenue, la caducité est la sanction de la disparition postérieure à la formation du contrat, d'un élément essentiel à sa validité<sup>345</sup>. La caducité ne peut être prononcée qu'à la suite d'un événement non fautif : elle permet simplement de constater « l'inefficacité d'un acte juridique pour défaillance non fautive d'un élément essentiel »<sup>346</sup>.

Selon certaines voix, la caducité du contrat s'imposerait ainsi comme sanction générale de l'échec des négociations<sup>347</sup>. Que les négociations aient échoué par la faute d'une partie ou en dépit de leurs efforts communs, le contrat, valablement formé, serait bien privé de son utilité en cours d'exécution<sup>348</sup>. Seule la caducité permettrait

---

<sup>343</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 27. A titre d'ex., l'auteur cite : Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1973, Bull. I, n° 274 ainsi que les art. 1636, 1637 et 1638 C. civ., qui traitent de la résolution de la vente en utilisant le terme « résiliation ».

<sup>344</sup> *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence, op. cit.*, p. 488.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 491.

<sup>346</sup> *Ibid.* (avec d'autres références).

<sup>347</sup> V. L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, th. préc., n° 859 et s.

<sup>348</sup> *Ibid.*

de prendre acte de l'impossibilité de poursuivre le contrat en l'état, indépendamment de l'attitude des parties.

**489.** Cette opinion a trouvé un renfort dans une décision inédite mais très remarquée, celle rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 29 juin 2010<sup>349</sup>. Les faits de l'espèce rappellent ceux qui avaient donné lieu à l'arrêt *Canal de Craponne*.

Deux sociétés avaient conclu en 1998 un contrat d'une durée de douze ans ou 43 488 heures portant sur la maintenance de deux moteurs d'une centrale de production de cogénération moyennant une redevance forfaitaire annuelle. Courant 2008, alors qu'il est demandé à la société de maintenance de procéder à une révision importante des appareils, celle-ci exige une augmentation de sa rémunération de 12,8 % en raison de l'augmentation très importante du prix des matières premières, rendant « ridicule », selon ses dires, le montant de sa rémunération. Face au refus de son cocontractant d'augmenter sa rémunération, la société de maintenance cesse d'exécuter le contrat.

Assignée en exécution devant le juge des référés, la société de maintenance oppose à son partenaire l'incompétence de la juridiction au motif que l'obligation sur laquelle il se fonde est sérieusement contestable, du fait de l'augmentation du coût des matières premières qui déséquilibre le contrat. Son raisonnement n'est pas suivi par le juge des référés qui la condamne à exécuter son obligation de révision des moteurs, sous astreinte, motif pris que celle-ci n'est pas sérieusement contestable.

Cette décision a été censurée par la Cour de cassation sur le fondement des articles 1131 du Code civil et 873 alinéa 2 du Code de procédure civile. Selon la Cour, le juge des référés aurait dû rechercher, ainsi qu'il y était invité, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par le créancier de la prestation de maintenance, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par le débiteur de la prestation de

---

<sup>349</sup> Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, PA 24 décembre 2010, p. 7 et s., note A.-S. CHONÉ.

maintenance, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont le créancier sollicitait l'exécution.

Derrière une question de procédure était abordée une question de droit substantiel : le sort de l'obligation en cas de changement de circonstances. En visant l'article 1131 C. civ., qui dispose que « L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet », la Cour de cassation semble admettre ici que « l'évolution des circonstances économiques » peut, dans certains cas, faire disparaître la cause de l'obligation. Un double critère est alors exigé : cette évolution doit créer un « déséquilibre de l'économie générale du contrat » et « priver de toute contrepartie réelle » l'engagement d'une partie. Deux critères dont on n'a pas manqué de souligner qu'ils s'avèrent difficilement conciliables, le premier étant beaucoup plus large que le second<sup>350</sup>. Mais ce n'est pas tant la caractérisation de l'imprévision que les effets de celle-ci qui nous intéressent ici, même si le raisonnement tenu par la Cour de cassation constitue une petite révolution<sup>351</sup>...

Le fondement retenu – le défaut de cause – a un impact sur la nature de la sanction qui pourrait être prononcée (par le juge du fond) si le double critère devait être rempli. En effet, la doctrine s'accorde à dire que la sanction naturelle de la disparition, en cours d'exécution, d'une condition de validité du contrat est la caducité<sup>352</sup>. Les trois projets de réforme du droit français des contrats vont en ce

---

<sup>350</sup> V. sur ce point : Th. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance », note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2485 et s. : « (...) l'idée de disparition de "toute contrepartie réelle" est mise en concurrence avec celle de "déséquilibre (de) l'économie générale du contrat", notion beaucoup plus floue, beaucoup plus ouverte et donc beaucoup plus dangereuse » ; J.-B. SEUBE, « Admission de l'imprévision et réaction de la pratique », note sous Com., 29 juin 2010, Defrénois 2011, art. 39229-4, p. 813 ; A.-S. CHONÉ, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », note préc., spéc. p. 11, qui conclut alors : « En définitive, tout repose sur l'interprétation qui sera donnée de la "privation de toute contrepartie réelle" ».

<sup>351</sup> Mis à part son impact sur l'imprévision, l'arrêt remet en cause certains enseignements traditionnels relatifs à la cause (même si ce n'est pas le premier). Comme le note très justement A.-S. CHONÉ, *ibid.*, p. 10, le coup porté est double : d'une part, l'appréciation de la cause objective n'est plus cantonnée à la formation du contrat, d'autre part, la notion d'absence partielle de cause est appelée à jouer un rôle car on ne peut déduire de l'augmentation du coût des matières premières une disparition totale de la contre-prestation prévue. Un arrêt plus récent (Com., 18 mars 2014, n° 12-29453, RDC 2014, p. 345, note Y.-M. LAITHIER) revient toutefois aux règles classiques et vient énoncer que « la cause est une condition de formation du contrat » et donc anéantir les espoirs de ceux qui avaient vu dans l'arrêt du 29 juin 2010 un premier pas éventuel vers la caducité du contrat pour absence de cause en cas d'imprévision.

<sup>352</sup> V. A.-S. CHONÉ, note préc., p. 13 ; D. MAZEAUD, « L'arrêt Canal "moins" », note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2481 et s. : « En clair et en bref, la Cour de cassation admet implicitement et potentiellement avec cet arrêt la caducité du contrat pour imprévision sur le fondement de la cause (...) » ; « (...) la disparition de la cause d'un contrat à exécution successive emporte sa caducité, seule sanction contractuelle appropriée lorsque la cause disparaît ». La solution ne serait pas inédite : v. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2008, n° 07-17646, JCP 2009, II, 10000, note D. HOUTCIEFF ; RDC 2009, note D. MAZEAUD. Comme le relate ce dernier auteur, en l'espèce, les parents d'un enfant étaient convenus que le père verserait une somme de 360 000 francs, payée par

sens<sup>353</sup>. On peut donc supposer que c'est cette sanction – d'ailleurs invoquée par la société de maintenance, auteur du pourvoi – qui mériterait d'être retenue<sup>354</sup>.

Or, le régime de cette sanction est encore incertain. On enseigne que le plus souvent, la caducité opère de plein droit mais que parfois, elle doit être *prononcée* ou *constatée* en justice<sup>355</sup>. Incertitude donc sur l'étendue des pouvoirs du juge. Incertitude également sur les effets dans le temps de cette sanction : selon les auteurs, la caducité est présentée comme généralement rétroactive<sup>356</sup> ou inversement, comme ne produisant d'effet que pour l'avenir, sans remettre en cause le passé contractuel<sup>357</sup>. Les avant-projets Catala et Terré considèrent pour leur part que ses effets sont variables, puisqu'elle est tantôt rétroactive, tantôt non<sup>358</sup>.

### c) Droit allemand

**490.** En droit allemand, où la « théorie de l'imprévision » a une plus longue tradition, ses effets sont parfaitement établis.

---

mensualités de 3000 francs à compter du 1<sup>er</sup> décembre 1972, au titre du paiement à son ex-épouse de la pension alimentaire destinée à assurer l'éducation et l'entretien de leur fils, lequel était alors à la charge de celle-ci. Puis, parce que depuis le mois de novembre 1974 l'enfant était à sa charge exclusive, le père avait cessé de payer sa dette. Pour débouter de sa demande en paiement de la dette intégrale, qu'avait souscrite son ex-époux, la mère de l'enfant, la cour d'appel avait décidé que la cause de l'engagement du débiteur avait disparu en cours d'exécution et que, par conséquent, la dette n'était plus due. La mère forme alors un pourvoi au moyen que l'existence de la cause de l'obligation doit s'apprécier à la date à laquelle elle est souscrite et, donc, que sa disparition postérieure n'emporte aucun effet sur la vitalité et l'effectivité de l'obligation. La première chambre civile rejette le pourvoi, au motif qu'« ayant, par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive [du père], la cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité ».

<sup>353</sup> L'art. 1131 al. 1 de l'avant-projet CATALA énonce que « La convention valablement formée devient caduque par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité ». On retrouve la même règle à l'art. 89 (1) et (2) de l'avant-projet TERRÉ et à l'art. 90 (1) de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version de mai 2009).

<sup>354</sup> A.-S. CHONÉ, *ibid.* Plus prudent, dans sa note d'arrêt préc., Th. GENICON considère quant à lui que la sanction de cette imprévision reste dans l'ombre, « encore que l'on pourrait deviner une forme de neutralisation du contrat, sans qu'on sache bien si elle serait provisoire ou définitive : caducité (...) ? Résolution sur le mode de l'effet produit par une condition résolutoire ? mais sans effet rétroactif ? Plus subtilement, "exception d'imprévision" sur le mode de l'exception d'inexécution (...) ».

<sup>355</sup> C. BRENNER, Rép. civ., v° Acte juridique, n° 158.

<sup>356</sup> V. les références citées dans *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commun de référence, op. cit.*, p. 491.

<sup>357</sup> V. en ce sens L. THIBIERGE, th. préc., n° 859. Rapp. art. 90 (2) de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version de mai 2009) : « Sauf exception, la caducité ne produit effet que pour l'avenir ».

<sup>358</sup> V. art. 1131 al. 2 de l'avant-projet CATALA : « La caducité produit effet, suivant les cas, rétroactivement ou pour l'avenir seulement ». L'art. 89 (4) de l'avant-projet TERRÉ est rédigé dans les mêmes termes.

Le § 313 al. 3 BGB prévoit que « Si l'adaptation du contrat n'est pas possible ou si elle est insupportable à l'une des parties, le contractant défavorisé peut *résoudre* le contrat. Dans les contrats à exécution successive le droit à la *résiliation* remplace le droit à la résolution »<sup>359</sup>.

Ce texte est révélateur de la volonté du droit allemand de distinguer d'un point de vue terminologique la résiliation et la résolution, à l'instar du droit français.

La résiliation du contrat (*Kündigung*) est le mode d'extinction propre aux contrats à exécution successive (*Dauerschuldverhältnisse*). Contrairement à la résolution (*Rücktritt*), la résiliation ne produit des effets que pour l'avenir et elle n'engendre aucune obligation de restitution<sup>360</sup>.

En droit allemand, la résolution n'est pas, en principe, rétroactive<sup>361</sup>. Les obligations non encore exécutées sont éteintes et les prestations qui l'ont déjà été doivent être restituées (v. § 346 BGB). Ce faisant, le contrat se transforme en nouveau rapport, appelé rapport de restitution (*Rückgewährschuldverhältnis*).

Résolution et résiliation du contrat s'exercent toutes deux de manière extrajudiciaire : elles sont ce qu'on appelle un « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*), c'est-à-dire une prérogative unilatérale des parties au contrat.

Ainsi que le montre l'exemple du « trouble du fondement contractuel », les deux mécanismes ont vocation à jouer en dehors des cas d'inexécution au sens strict du terme. La faculté de résolution unilatérale, tout comme la faculté de résiliation unilatérale reposent soit sur une stipulation conventionnelle soit sur une disposition légale<sup>362</sup>.

Dans l'ensemble, le droit allemand s'avère là encore plus précis et plus rigide que le droit français et les projets européens.

---

<sup>359</sup> *Code civil allemand*, Traduction commentée, *op. cit.* (nous soulignons).

<sup>360</sup> M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, *op. cit.*, n° 255.

<sup>361</sup> V. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, *op. cit.*, n° 357 ; M. PÉDAMON, *ibid.*, n° 251. Pour plus de détails, v. R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », RDC 2006, p. 543.

<sup>362</sup> V. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 19. Aufl., München, C.H. Beck, 2007, v° Rücktritt vom Vertrag.

## **2. La détermination des « conditions » de l'anéantissement du contrat**

**491.** En autorisant le juge à mettre fin au contrat « aux conditions qu'il fixe », les textes en question tendent à brouiller les frontières entre le pouvoir de révision et le pouvoir de « résiliation ».

**492.** En effet, le juge pourrait retenir par exemple un anéantissement partiel du contrat, qui peut s'analyser également comme une forme de révision du contrat<sup>363</sup>.

**493.** Il pourrait également assortir sa décision d'une indemnité compensatoire<sup>364</sup>. Une telle faculté peut s'appuyer sur de sérieux arguments. Certains ont invoqué le fait que la partie favorisée par le changement de circonstances peut avoir réalisé des investissements coûteux, dont il serait peut-être injuste qu'elle n'en soit pas dédommée, ne serait-ce qu'en partie, par la partie qui a perdu son intérêt dans le contrat<sup>365</sup>. Par ce biais, le juge pourrait décider également s'il y a lieu de répartir les charges additionnelles survenues avant l'extinction judiciaire du contrat<sup>366</sup>. Or, le partage des charges additionnelles, qui peut s'effectuer au moyen du remboursement d'une partie des charges déjà assumées par la partie lésée, constitue aussi l'une des diverses formes que peut prendre la révision du contrat<sup>367</sup>.

La liberté qui est ainsi reconnue au juge a fait dire que ses « pouvoirs d'adaptation (...) sont donc effectifs et considérables mais masqués » : les conditions

---

<sup>363</sup> C'est le point de vue adopté par la jurisprudence allemande, qui considère que l'adaptation du contrat peut avoir pour effet de maintenir une partie du contrat et d'anéantir l'autre : v. BGH 5. Zivilsenat, 14.7.1953, V ZR 72/52, NJW 1953, p. 1585 : « Folge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist in erster Linie nicht die Auflösung des Vertrages, sondern seine Aufrechterhaltung unter Anpassung an die veränderte Sachlage. Diese Anpassung kann dazu führen, daß der Vertrag teilweise aufrechterhalten und teilweise aufgelöst wird. Das Gericht hat zu prüfen, ob eine solche Möglichkeit besteht ».

<sup>364</sup> V. de façon expresse : *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 288.

<sup>365</sup> Telle est l'opinion émise par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris en réaction à l'avant-projet CATALA, qui prévoit quant à lui en son art. 1135-3 que l'échec des négociations, exempt de mauvaise foi, ouvre à chaque partie la faculté de résilier le contrat « sans frais ni dommage » : v. D. KLING, « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'avant-projet "Catala" et propositions d'amendements », Rapport présenté au nom de la commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 19 octobre 2006, p. 73 (rapport consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr)). V. dans le même sens : R. MOMBERG, « Change of circumstances under the Common European Sales Law », art. préc., p. 9.

<sup>366</sup> M. ALMEIDA PRADO, « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », art. préc., p. 884.

de la fin du contrat permettraient « d'opérer une modification des clauses du contrat de façon à supprimer l'excessive onérosité en rééquilibrant les prestations »<sup>368</sup>. Evidemment, une telle interprétation semble *a priori* contraire à l'esprit des textes qui marquent la volonté de dissocier la résiliation du contrat de son adaptation<sup>369</sup>.

Il n'empêche que la résiliation du contrat accompagnée de dommages-intérêts équivaut bien souvent, en pratique, à une révision indirecte du contrat, solution d'ailleurs fréquente en droit français<sup>370</sup>. Et pour cause : la révision est alors masquée et le principe de non-immixtion du juge dans le contrat reste sauf.

## SECTION II - LA RÉVISION EN CAS D'INEXÉCUTION

**494.** En dehors du cas le plus caractéristique de l'imprévision, le juge peut être amené à réviser le contrat dans d'autres hypothèses encore, pour sanctionner les irrégularités qui jalonnent tout le processus contractuel.

Une étude a montré l'ampleur du phénomène de la révision, sous toutes ses formes<sup>371</sup>. Ce faisant, elle a mis en lumière le contraste qui existe entre la révulsion que provoque traditionnellement et officiellement la révision du contrat et sa fréquence, si ce n'est sa banalisation, dans la réalité contractuelle.

Aussi ne s'étonnera-t-on pas de la rencontrer également au stade de l'inexécution du contrat, même si elle ne porte pas officiellement ce nom.

<sup>367</sup> V. à ce titre *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, commentaire IV sous l'art. 6.111, p. 287.

<sup>368</sup> G. ROUHETTE, « La réforme du droit français des contrats en droit positif, Préface », RDC 2009, p. 271. V. dans le même sens, mais de façon plus nuancée : J.-B. SEUBE, « Admission de l'imprévision et réaction de la pratique », note préc., p. 812 : « Cette formule est suffisamment accueillante pour permettre de discrètes adaptations ».

<sup>369</sup> V. la très juste objection de E. SAVAUX, « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », art. préc., p. 1065.

<sup>370</sup> On pense ici en particulier à la solution retenue par le droit français en cas de fixation unilatérale du prix : là où le droit allemand et les PDEC prévoient que le prix manifestement déraisonnable se verra remplacé par un prix raisonnable déterminé par le juge (v. le § 315 al. 3 BGB et l'art. 6.105 PDEC), le droit français sanctionne le prix abusif par la résiliation du contrat dans lequel il a été stipulé, et par la mise en jeu de la responsabilité du contractant qui l'a ainsi fixé (AP, 1<sup>er</sup> décembre 1995, Bull. AP, n° 9). Or, l'indemnisation permet de couvrir l'injustice passée en rétablissant au moyen de l'allocation de dommages-intérêts un certain équilibre au sein des contrats conclus en application de celui-ci.

<sup>371</sup> D. MAZEAUD, « La révision du contrat », PA 30 juin 2005, p. 4 et s.

L'exploitation de la révision à titre de remède à l'inexécution est conforme à une vision plus dynamique du rôle du juge, spécialement en matière économique<sup>372</sup>. Son essor s'explique à la fois par une confiance accrue placée en la personne du juge et par la progression de ces nouvelles valeurs contractuelles que sont la proportionnalité dans le contrat et la pérennité du contrat<sup>373</sup>.

Deux types de mesures traduisent parfaitement cette politique plus nuancée des sanctions, s'écartant de la logique classique du tout ou rien<sup>374</sup> : d'une part, la résolution partielle du contrat (§ 1) et d'autre part, la « réfaction » de celui-ci (§ 2), encore que les deux soient souvent confondues.

### § 1. LA RÉOLUTION PARTIELLE DU CONTRAT

**495.** La majorité des projets de droit européen des contrats<sup>375</sup> et des droits « modernes »<sup>376</sup> consacrent la résolution partielle du contrat, en présence d'une inexécution partielle.

La mesure permet de maintenir l'existence du contrat lorsque sa destruction totale n'est pas indispensable.

**496.** La mesure a pris un intérêt pratique avec l'apparition de types contractuels complexes engendrant des prestations variées et objectivement dissociables les unes des autres<sup>377</sup>.

A la lecture des projets précités et de certains commentaires officiels, on s'aperçoit que ce n'est pas tant le cas particulier des groupes de contrat qui a été envisagé ici, que l'application de cette sanction au sein même d'une entité contractuelle.

<sup>372</sup> Comp. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 652.

<sup>373</sup> V. la profonde analyse de D. MAZEAUD, « La révision du contrat », art. préc., n° 6 et s. *Adde* Y. CAPRON, « Théorie des contrats et sanctions », *Justice & Cassation* 2005, p. 22 et s.

<sup>374</sup> La logique classique du tout ou rien repose sur le postulat qu'un contrat est anéanti ou maintenu.

<sup>375</sup> V. par ex. l'art. 9.302 PDEC ; l'art. III.—3.506 PCCR ; les art. 51 (2) et 73 (1) CVIM ; l'art. 117 (1) de la proposition d'un droit commun européen de la vente.

<sup>376</sup> V. le § 323 (5) BGB ; l'art. 1160 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 114 de l'avant-projet TERRÉ. On notera que l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013) ne la consacre pas.

<sup>377</sup> M.-E. PANCAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. préc., n° 359.



Comme l'énonce clairement l'article 114 de l'avant-projet Terré, qui rejoint la tendance européenne, la résolution peut avoir lieu pour une partie seulement du contrat lorsque l'exécution est divisible. Voilà la condition essentielle de la résolution partielle : il faut pouvoir diviser plusieurs obligations ou différentes étapes dans l'exécution d'une même obligation (cas des contrats à exécution échelonnée)<sup>378</sup>.

La mesure reste néanmoins hautement controversée en France (A). Son régime demeure incertain (B).

### **A. UNE MESURE CONTROVERSÉE EN DROIT FRANÇAIS**

**497.** En France, la résolution partielle est fort controversée : non seulement le concept en lui-même mais aussi sa légitimité sont mis en cause.

**498.** Le concept même de résolution partielle est rejeté par une partie de la doctrine<sup>379</sup>. Certains auteurs vont jusqu'à décréter que la résolution partielle n'existe pas<sup>380</sup>.

Il semble que la confusion fréquente effectuée, en droit français, entre la résolution partielle et la « réfaction » du contrat, appelée plus sobrement « réduction du prix » dans d'autres systèmes juridiques, ait alimenté la critique.

**499.** Quant à sa légitimité, celle-ci est contestée précisément au motif que la résolution partielle vient heurter la notion de contrat, tout comme la conception traditionnelle de l'office du juge en matière contractuelle.

Selon la critique, la résolution partielle postulerait qu'un contrat puisse toujours être dépecé, fragmenté pour permettre de sélectionner en son sein des pans entiers qui survivront, alors que d'autres devront tomber, ce qui serait contraire à la nature juridique des choses ainsi qu'à la volonté des parties pour lesquelles un contrat est une construction profondément unitaire<sup>381</sup>.

---

<sup>378</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 276.

<sup>379</sup> V. C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, th. Lille II, préf. Ch. JAMIN, Paris, Dalloz, 2003 ; Th. GENICON, th. préc., n° 794-811.

<sup>380</sup> V. C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc.

<sup>381</sup> Telle la critique formulée par Th. GENICON, th. préc., n° 805.

Aussi devrait-on nommer les choses par leur nom : c'est de révision du contrat dont il s'agirait ici puisqu'en fractionnant le contrat, on bouleverserait l'opération voulue par les contractants comme un tout cohérent<sup>382</sup>. Mieux vaudrait donc parler de « révision pour inexécution » plutôt que de résolution partielle<sup>383</sup>.

Inutile de préciser qu'une telle sanction contredit le sacro-saint principe de non ingérence du juge dans le contrat.

Mais, a-t-on envie de rétorquer, la jurisprudence française ne consacre-t-elle pas déjà depuis longtemps une telle solution ? On sait qu'à l'égard des contrats à exécution échelonnée, la jurisprudence décide que « la résolution pour inexécution partielle atteint l'ensemble du contrat ou certaines de ses tranches seulement, suivant que les parties ont voulu faire un marché indivisible ou fractionné en une série de contrats »<sup>384</sup>. On y a vu généralement la consécration du pouvoir du juge d'apprécier les effets de la résolution dans son étendue.

Or loin d'y voir la consécration de la résolution partielle, ses détracteurs y voient au contraire sa parfaite dénégation<sup>385</sup>. La Cour de cassation inviterait à se demander s'il y a un « marché indivisible » ou s'il y a une « série de contrats ». Dès lors, de deux choses l'une, soit il y a plusieurs contrats et il est possible que certains d'entre eux soient *entièrement* détruits, soit il n'y en a qu'un seul, pareillement détruit en son entier. En somme, il n'y aurait aucune place pour la résolution *partielle* parce qu'il n'y a aucune place en droit, pour la notion de « partie de contrat ». En toute hypothèse, la résolution pour inexécution détruirait tout le contrat auquel on l'appliquerait et que ce contrat. Vue sous cet angle, la jurisprudence en question ne porterait donc pas sur les effets de la résolution, mais seulement sur l'interprétation de l'échange de volontés qui a eu lieu pour déterminer si les parties ont conclu une seule convention ou plusieurs.

---

<sup>382</sup> *Ibid.*, n° 806.

<sup>383</sup> *Ibid.*, n° 808.

<sup>384</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, Bull. I, n° 252 (le principe ainsi posé ne pouvait toutefois pas s'appliquer en l'espèce). Cet arrêt est bien pris en considération également par Th. GENICON, th. préc., n° 805. *Adde* Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1987, Bull. I, n° 11.

<sup>385</sup> V. en ce sens Th. GENICON, th. préc., n° 805. Les passages qui suivent reprennent les arguments principaux invoqués par l'auteur au soutien de sa thèse.

Forte de cette analyse, la critique conclut ainsi au rejet de la résolution partielle par la jurisprudence<sup>386</sup>. En réalité, le juge prendrait toujours la précaution de bien préciser qu'il existait deux ou plusieurs contrats, avant de décider de la résolution pour l'un et de l'exécution pour l'autre, hypothèses donc faussement qualifiées de résolution partielle<sup>387</sup>.

Le juge serait donc fidèle à la volonté des parties. Pour trouver la preuve de l'existence d'une résolution partielle, il faudrait, dit-on, qu'en dépit de l'indivisibilité de la convention, les juges imposent une telle solution à l'encontre de la volonté au moins d'un contractant, surtout du demandeur à la résolution<sup>388</sup>.

**500.** Or, il semble que l'on puisse trouver la preuve d'une telle démarche dans l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 24 avril 2007<sup>389</sup>.

En l'espèce, la société FACEM avait conclu le même jour un contrat de location financière portant sur un photocopieur, un « digital sender » et une imprimante (fournis par la société KONICA) avec la société GE, et un contrat de maintenance des matériels avec la société KONICA. Après livraison des matériels par la société KONICA, l'un d'eux, le « digital sender », s'avéra incompatible avec l'installation de la société FACEM. Les sociétés FACEM et KONICA n'ayant trouvé aucun accord, la première cessa de régler les loyers au bailleur et de régler les factures émises par la société KONICA.

Poursuivie en paiement par la société GE, la société FACEM appelle en garantie la société KONICA et forme une demande en résolution du contrat de vente du matériel à son encontre. La cour d'appel caractérise bien un manquement de la société KONICA à ses obligations de vendeur – en l'occurrence, un manquement à son obligation d'information et de conseil – justifiant la demande en résolution du contrat de vente formée par la société FACEM. Cependant, elle juge que « cette résolution ne peut toutefois concerner que la vente du “digital sender”, les autres appareils ayant été conformes et en état de fonctionner ». Et en conclut que la résolution du contrat de vente du « digital sender » a pour effet l'anéantissement rétroactif du contrat de location qui se trouve dépourvu d'objet et de cause, en ce

---

<sup>386</sup> V. Th. GENICON, th. préc., spéc. n° 809 et s.

<sup>387</sup> *Ibid.*, n° 806 et 807.

<sup>388</sup> *Ibid.*, n° 810. L'auteur ne décèle aucune décision en ce sens.

<sup>389</sup> Com., 24 avril 2007, n° 06-10.953, Juris-Data n° 2007-038555.Comp. Ch. mixte, 17 mai 2013, D. 2013, p. 1658, note D. MAZEAUD.

qu'il porte sur le même appareil. Le contrat de vente étant donc maintenu pour le photocopieur et l'imprimante, la cour considère logiquement qu'en ayant cessé de régler les loyers à la société GE, sans motif légitime en ce qui concerne ces deux appareils, cette dernière a résilié à bon droit le contrat de location aux torts de la société FACEM et est fondée en sa demande de paiement formée au titre des échéances impayées. A cet effet, la société GE avait actionné la clause résolutoire et la clause pénale insérées au contrat de location.

La société FACEM se pourvoit alors en cassation. Dans son premier moyen, qui nous intéresse ici, elle contestait en substance le pouvoir du juge de limiter l'étendue de la résolution à une seule partie du contrat. En raison de l'existence d'une clause résolutoire dans le contrat de location, la question de l'étendue de la résolution du contrat, et donc d'une éventuelle résolution partielle, se posait à la fois à l'égard de la résolution du contrat de vente prononcée par le juge et à l'égard de la clause résolutoire mise en œuvre par le bailleur. Ces deux aspects formaient les deux premières branches du premier moyen.

Dans la première branche, l'auteur du pourvoi soutenait que « l'obligation susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible ; qu'en limitant l'ampleur de la résolution de la vente à la seule fourniture du "digital sender" qui fonctionnait correctement, à l'exclusion des deux autres matériels qui continuaient à fonctionner, bien que la vente portant sur des biens distincts, ait été conclue par un même acte, pour un prix global, la cour d'appel a violé les articles 1134, 1184, et 1220 du Code civil ».

Dans la deuxième branche, il faisait valoir que « l'obligation susceptible de division devant être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible, l'application de la clause résolutoire autorise seulement le bailleur à poursuivre la résiliation intégrale du contrat de location consenti par un même acte, pour un prix global, et portant sur des biens distincts, sans pouvoir en obtenir une résolution partielle ; qu'en faisant application, pour partie seulement, de la clause résolutoire et de la clause pénale qui en constituait l'accessoire, sur la seule considération du défaut de paiement des loyers dus en contrepartie de la jouissance du copieur et de l'imprimante, après avoir constaté que le manquement du fournisseur à son obligation d'information et de conseil dispensait la société FACEM de régler à la société GE, la fraction des loyers afférente à la mise à disposition du "digital sender", la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations d'où il

résultait que l'indivisibilité des prestations interdisait au bailleur de solliciter une résiliation partielle du contrat de crédit-bail ; qu'ainsi, elle a violé les articles 1134, 1184 et 1220 du Code civil ».

L'argumentaire n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi. La haute juridiction a considéré d'abord que « la résolution demandée par la société FACEM, (...), ne pouvait concerner que la vente du "digital sender," les autres appareils étant conformes et en état de fonctionnement, la cour d'appel en a nécessairement déduit, par une appréciation souveraine, que le "digital sender" constituait un élément dissociable de l'ensemble ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ». Par suite, elle a jugé que « la résolution partielle du contrat de vente, privant partiellement de cause le contrat de location, entraîne nécessairement sa résiliation partielle, de sorte que le contrat de location subsiste pour les éléments non affectés par la résolution partielle du contrat de vente ; qu'ainsi, la cour d'appel a pu décider, sans encourir les griefs des deuxième et troisième branches, que la résiliation du contrat de location subsistant devait être prononcée aux torts et griefs de la société FACEM, en raison du non-paiement par elle des loyers correspondant, et lui appliquer, à due concurrence, les pénalités et indemnités prévues ».

Ici, les juges ont manifestement prononcé une résolution d'une partie du contrat seulement alors que le demandeur à la résolution sollicitait la résolution de l'ensemble du contrat relatif aux trois appareils, qui constituaient une unité dans son esprit.

## ***B. UN RÉGIME INCERTAIN***

**501.** Une fois admise l'existence et la légitimité de la résolution partielle<sup>390</sup>, on peut se demander si celle-ci constitue une simple faculté ou une obligation pour le juge.

---

<sup>390</sup> On soulignera que son admission reste encore incertaine en droit positif français, dans la mesure où certains arrêts l'ont exclue : v. par ex. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 avril 1986, Bull. III, n° 45 (ici, la résolution partielle était souhaitée par le demandeur en résolution mais la Cour de cassation a exclu cette possibilité) ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1996, Bull. I, n° 63 (ici, c'est le défendeur à l'action en résolution et en même temps auteur du pourvoi qui reprochait aux juges du fond d'avoir prononcé une résolution totale et non partielle, pourvoi rejeté par la haute juridiction).

La motivation retenue par la Cour de cassation dans son arrêt du 24 avril 2007 – « en a *nécessairement* déduit... » – semblait aller dans le sens d'une obligation. Cette solution rejoindrait celle retenue par le droit allemand et les projets européens (1) mais n'est pas celle que prônent les projets français de réforme du droit des contrats (2).

### ***1. Une solution qui s'impose au créancier en droit allemand et européen***

**502.** En droit allemand et européen, la résolution partielle est, en principe, le seul moyen dont peut se prévaloir le créancier confronté à une inexécution partielle<sup>391</sup>.

Ainsi, par exemple, le § 323 al. 5 (première phrase) BGB énonce que « Lorsque le débiteur a fourni une prestation partielle, le créancier ne peut résoudre le contrat en totalité que si cette prestation partielle ne présente pas d'intérêt pour lui »<sup>392</sup>.

De même, l'article 9.302 PDEC dispose que le créancier « ne peut résoudre le contrat en son entier que si l'inexécution est essentielle pour le contrat en son entier »<sup>393</sup>.

Les solutions témoignent de la volonté d'enserrer dans d'étroites limites un remède communément qualifié de grave<sup>394</sup>. Elles participent clairement d'une politique de maintien du contrat<sup>395</sup>.

---

<sup>391</sup> On peut citer ici l'exemple donné par E. CLIVE, « Termination : the divorce of contract law ? », RDC 2009, p. 919 et s. Prenons le cas d'un fabricant qui s'est engagé à acheter une machine et à payer le vendeur pour un service de maintenance pendant deux ans, avec des prix séparés pour la vente et le service. La machine livrée satisfait les attentes de l'acheteur mais l'exécution du service de maintenance est si défectueuse qu'après avoir donné au vendeur le temps d'y remédier, le fabricant souhaite résoudre le contrat dans son ensemble et restituer la machine. Dans une telle situation, et sous l'empire du PCCR, seule la partie « service » du contrat pourrait être résolue, même si l'acheteur n'avait pas encore payé le prix de la machine. Car, dit-on, il n'y a aucune difficulté à trouver une autre entreprise qui pourrait assurer correctement le service de maintenance.

<sup>392</sup> V. aussi le § 281 I 2 BGB (*Schadensersatz statt der ganzen Leistung*). Il est important de noter que les dispositions ne tendent à s'appliquer que lorsque le créancier a accepté de recevoir (*angenommen*) une exécution partielle. En effet, conformément au § 266 BGB, le créancier n'est pas tenu d'accepter des prestations partielles et peut donc les refuser et résoudre le contrat dans son ensemble après avoir imparti au débiteur un délai d'exécution, sans égard au § 323 al. 5 (1<sup>re</sup> phrase) BGB. Ce sont surtout les cas de retard partiel (*Teilverzögerung*) dans l'exécution qui sont envisagés par cette disposition. On verra plus loin que les cas de mauvaise exécution, qui constituent également un cas d'inexécution *partielle* (qualitative), donnent lieu à une solution distincte, prévue au § 325 al. 5 (2<sup>e</sup> phrase). Dans ce cas, les conditions pour pouvoir résoudre entièrement le contrat sont moins sévères : « (...) le créancier ne peut résoudre le contrat, dès lors que la violation de l'obligation est de peu d'importance ». Autrement dit, sauf dans le cas où le défaut de conformité serait minime, le créancier est en droit de résoudre entièrement le contrat. En cas de défaut minime toutefois, il n'y a pas lieu à résolution partielle du contrat mais à réduction du prix essentiellement.

## ***2. Une solution laissée à la discrétion du juge dans les projets de réforme français***

**503.** Les projets de réforme du droit français des contrats adoptent sur ce point une autre position. Les avant-projets Catala et Terré énoncent tous deux que lorsque l'exécution est divisible, « la résolution *peut* avoir lieu pour une partie seulement du contrat »<sup>396</sup>.

On sait que la présence du verbe pouvoir indique en droit français l'existence d'une faculté de choix pour le juge. C'est dire qu'en présence d'une obligation divisible, le juge aurait la faculté de prononcer la résolution partielle du contrat mais non l'obligation.

Comme le disent ouvertement les auteurs de l'avant-projet Terré, l'admission de la résolution partielle témoigne ici de leur volonté de laisser une marge de manœuvre au juge pour apprécier le contrat et ses obligations<sup>397</sup>.

Dans les projets français, le juge est donc clairement le maître de l'étendue « substantielle » (et non temporelle) de la résolution du contrat.

La solution adoptée a de quoi étonner, dans la mesure où les deux avant-projets consacrent également la résolution unilatérale du contrat pour inexécution, à l'instar des projets de droit européen des contrats et du droit allemand.

Le pouvoir accordé au juge de déterminer les effets de la résolution dans son étendue peut paraître contraire à l'essence des remèdes unilatéraux et surtout à leur mise en œuvre. En effet, pour garantir un minimum de sécurité juridique, l'exercice d'un remède unilatéral suppose que ses conditions et ses effets soient définis et délimités à l'avance.

---

<sup>393</sup> Rappr. l'art. III. – 3.506 (3) PCCR.

<sup>394</sup> V. E. CLIVE, *ibid.* : « The policy again is to limit this grave remedy to situations where it is necessary ».

<sup>395</sup> S. LORENZ, « Vertragserhaltung im Kaufrecht », art. préc., spéc. p. 126 et s.

<sup>396</sup> Art. 1160 avant-projet CATALA ; art. 114 avant-projet TERRÉ (nous soulignons).

<sup>397</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », in *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 276.

Mais peut-être que la solution retenue s'explique par la « cohabitation » de la résolution unilatérale et de la résolution judiciaire dans ces projets, un parallélisme qui n'est pas exempt de difficultés.

## § 2. LA « RÉFACTION » DU CONTRAT

**504.** A côté de la résolution partielle du contrat, il existe une autre mesure qui vise à préserver le lien contractuel autant que possible en même temps qu'elle répond à un souci d'équilibre contractuel : la « réfaction » du contrat.

**505.** La réfaction du contrat peut être définie largement comme un mécanisme qui permet non seulement au juge, mais aussi aux parties, « sans anéantir le contrat, (de) tenir compte du manquement d'une partie pour diminuer l'obligation corrélative de l'autre »<sup>398</sup>.

Dans une acception plus restreinte, la réfaction correspond avant tout à la *réduction du prix* d'une prestation non-conforme. C'est d'ailleurs sous ce nom qu'on la retrouve le plus fréquemment dans les instruments qui la consacrent<sup>399</sup>.

**506.** L'institution n'est pas nouvelle mais pour l'heure, son domaine d'application est souvent limité. Ainsi, en droit allemand, la réduction du prix (*Minderung*) constitue une mesure spécifique aux contrats de vente (v. le § 441 BGB) et aux contrats d'entreprise (v. le § 638 BGB) venant remédier aux défauts de conformité.

**507.** La tendance va vers la généralisation de cette institution. Les PDEC sont exemplaires à ce titre en ce que le mécanisme de réduction du prix a vocation à

---

<sup>398</sup> A. BÉNABENT, *Les obligations*, 6<sup>e</sup>, Paris, Montchrestien, Domat, 1997, n° 402 (cité d'après Ch. ALBIGES, « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 3).

<sup>399</sup> V. l'art. 9.401 PDEC qui compose à lui seul une section 4 intitulée « Réduction du prix » ; l'art. III.—3.601 PCCR qui compose à lui seul une section 6 intitulée « Réduction du prix ». La même terminologie a été adoptée par l'avant-projet TERRÉ (v. l'art. 107) et l'avant-projet de la CHANCELLERIE, dans sa version du 23 octobre 2013 (v. l'art. 131). La version française de la proposition d'un droit commun européen de la vente utilise à la fois le mot réfaction et le mot réduction du prix : l'art. 120 de l'annexe I, intitulé « Droit de réduire le prix », ouvre une section 6, intitulée « Réfaction ». En droit allemand, le mécanisme de réduction du prix est appelé « Minderung » (v. le § 441 BGB).



s'appliquer pour toute sorte d'inexécution et pour tous les types de contrats<sup>400</sup>. Ils sont suivis en cela par certains projets de réforme du droit français des contrats<sup>401</sup>.

Cette tendance donne lieu toutefois à certaines résistances. On notera à cet égard que les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international n'ont pas retenu ce mécanisme au titre des remèdes à l'inexécution du contrat.

Cette absence est bien souvent attribuée à l'hostilité éprouvée par les juristes anglo-saxons à l'égard de ce remède<sup>402</sup>. Les juristes d'outre-Manche invoquent généralement l'impératif de sécurité juridique et l'impossibilité pour le juge de refaire le contrat pour justifier le rejet en droit anglais de la « réfaction » parmi les remèdes à l'inexécution<sup>403</sup>.

On retrouve les mêmes arguments en droit français. Si cette généralisation se voit contestée, c'est donc parce qu'elle se traduit pour beaucoup par une extension de l'interventionnisme judiciaire au sein des relations contractuelles.

Peut-être est-ce la raison pour laquelle la « réfaction » du contrat avance « masquée » en droit français<sup>404</sup>(A). Le fait qu'elle ait lieu bien souvent de façon indirecte, sous couvert d'autres concepts, rend difficile la mesure du pouvoir judiciaire de réduction du prix (B).

### A. UNE SANCTION MASQUÉE PAR D'AUTRES CONCEPTS

**508.** La nature exacte de la réfaction est très controversée au sein de la doctrine, surtout en France, où elle est souvent assimilée à une résolution partielle du contrat (1) ou encore à des dommages-intérêts compensatoires (2).

---

<sup>400</sup> V. l'art. 9.401 PDEC et l'analyse de D. MAZEAUD, « La révision du contrat », art. préc., n° 15.

<sup>401</sup> C'est le cas de l'avant-projet TERRÉ (v. l'art. 107) et de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (v. l'art. 131 de la version du 23 octobre 2013).

<sup>402</sup> V. sur ce point P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », art. préc., p. 27.

<sup>403</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 261.

<sup>404</sup> Pour un tel constat, v. D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 61 et s.

### ***1. L'appréhension de la réfaction sous le concept de résolution partielle***

**509.** Le droit français connaît plusieurs cas ponctuels de réfaction du contrat qui sont généralement appréhendés comme les manifestations spéciales d'un mécanisme plus général : la « résolution partielle »<sup>405</sup>. On peut rappeler ici les cas principaux.

Du côté de la loi, il faut citer l'action estimatoire de la garantie des vices cachés (art. 1644 C. civ.), la possibilité qu'a l'acheteur de bénéficier d'une diminution proportionnelle du prix, en matière de vente immobilière si le vendeur ne peut lui fournir la contenance prévue au contrat (art. 1617 C. civ.) ou en cas de moindre mesure du bien de plus d'un vingtième (art. 1619 C. civ.).

Quant aux cas de réfaction « créés » par la jurisprudence (sans le secours d'aucun texte<sup>406</sup>), on songe en particulier à la réduction des honoraires des mandataires<sup>407</sup> ou encore à la fameuse « réfaction » en matière *commerciale*, c'est-à-dire la réduction sur le prix de marchandises accordée par le juge lorsque la quantité ou la qualité des choses livrées n'est pas conforme à celle qui avait été convenue lors du contrat<sup>408</sup>.

La doctrine voit communément dans ces hypothèses une « résolution partielle » du contrat<sup>409</sup>.

L'appréhension de ces cas sous le prisme de la résolution s'explique certainement, du moins en partie, par l'ampleur des pouvoirs dont bénéficie le juge français en matière de résolution du contrat (v. *infra*, titre III).

<sup>405</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 796.

<sup>406</sup> C'est un point que relève très opportunément D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 61 et s.

<sup>407</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 1971, Bull. I, n° 114. La solution a été ultérieurement étendue aux honoraires des architectes, avocats, conseils juridiques, avoués, notaires, banquiers, médecins... : v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 311.

<sup>408</sup> V. par ex. Com., 23 mars 1971, Bull. IV, n° 89 ; Com., 15 décembre 1992, Bull. IV, n° 421.

<sup>409</sup> V. M. STORCK, J.-Cl. Civ., Art. 1184, Fasc. 10, n° 54 ; J. DEPPEZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », art. préc., spéc. p. 51 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 652. Les auteurs de l'avant-projet TERRÉ qui, nous l'avons mentionné, consacrent le mécanisme de réduction du prix de manière générale au titre des remèdes à l'inexécution du contrat, le qualifient eux aussi de « sorte de résolution partielle du contrat », en observant que c'est ainsi que le droit néerlandais le présente : v. P. RÉMY-CORLAY, « La réduction du prix », in *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 267.

Comme l'enseigne la doctrine, entre le rejet pur et simple de la demande de résolution et la prononciation de la résolution totale, assortie s'il y a lieu d'une condamnation à des dommages-intérêts, il y a place, en effet, pour des *mesures intermédiaires*, particulièrement utiles en cas d'inexécution partielle<sup>410</sup>.

Or, la réduction du prix en cas d'inexécution partielle se présente sous les atours d'une opportune alternative à la résolution du contrat inexécuté, dans la mesure où elle évite l'éventuelle disparition d'un contrat qui, en dépit de son exécution imparfaite ou incomplète, n'est pas pour autant privé d'utilité économique pour son créancier, et où elle permet donc d'assurer sa pérennité au prix de la restauration judiciaire de son équilibre<sup>411</sup>.

Indépendamment de ces considérations, on doit admettre avec d'autres auteurs que le mécanisme de réduction du prix équivaut *fonctionnellement* à la résolution partielle du contrat, puisque le créancier est délié en partie du contrat<sup>412</sup>.

**510.** Il n'empêche que dans la plupart des projets de droit européen des contrats, la réduction du prix est consacrée comme remède *autonome* à l'inexécution du contrat, à côté de la résolution (partielle)<sup>413</sup>. Elle n'est donc pas un diminutif de la résolution.

A cet égard, on notera qu'une voix autorisée a dénoncé récemment en France l'analyse traditionnelle de la réfaction du contrat en termes de résolution partielle, et a appelé de ses vœux son détachement du concept de résolution pour inexécution, pour la désigner pour ce qu'elle est en réalité, à savoir une *révision pour inexécution*<sup>414</sup>.

Certes, il ne faut pas perdre de vue que la thèse de l'auteur vise à combattre l'idée même d'une « résolution partielle » du contrat. Dans l'ensemble, l'auteur considère en effet que la résolution pour inexécution ne peut être que totale.

---

<sup>410</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *ibid.* ; J. DEPREZ, *ibid.*

<sup>411</sup> D. MAZEAUD, « La révision du contrat », art. préc., n° 13.

<sup>412</sup> V. en ce sens H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung, op. cit.*, p. 372 : « Die Minderung erfüllt die Funktion eines Teilrücktritts : Es hebt die Bindung des Gläubigers an den Vertrag teilweise auf ».

<sup>413</sup> C'est le cas également de l'avant-projet TERRÉ qui consacre à la fois le mécanisme de réduction du prix (art. 107) et la possibilité d'une résolution partielle du contrat (v. art. 114).

<sup>414</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 802.

Mais au soutien de son analyse, l'auteur caractérise très justement les différences qui séparent la réfaction de la résolution. Les deux institutions diffèrent à la fois par leurs conséquences sur le contrat (a) et leurs conditions (b).

### *a) Des conséquences différentes*

**511.** Pour ce qui est des conséquences, il ressort de la définition même des deux institutions que la résolution vise à *anéantir* le contrat tandis que la réfaction du contrat fait tout pour le *maintenir*<sup>415</sup>.

**512.** La jurisprudence a eu l'occasion de l'affirmer sur un autre terrain, à propos de la nullité pour dol. La Cour de cassation a jugé en effet que la demande en nullité pour dol et la demande en réduction du prix par les victimes de ce dol « n'ont pas le même objet »<sup>416</sup> ; « l'action en nullité (...) a pour objet de mettre à néant le contrat (...) tandis que l'action en réduction du prix, *qui laisse subsister le contrat*, tend à une simple restitution partielle du prix de vente »<sup>417</sup>. La réfaction du contrat ne vise donc pas à détruire le contrat mais simplement à le réaménager.

**513.** Comme l'exprime également la doctrine allemande, la réduction du prix (*Minderung*) est une forme très simple d'*adaptation* du contrat à un niveau de prestation plus bas<sup>418</sup>. Le recours à la diminution du prix du contrat constitue bien une hypothèse exceptionnelle de modification du contrat pour garantir le respect de la pérennité du contrat, finalité qui demeure l'une des principales caractéristiques de la réfaction<sup>419</sup>.

**514.** A cet égard, on peut se demander si le recours au concept de « résolution partielle » ne permet pas justement d'occulter cette réalité : en effet, « mettre un mot

<sup>415</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 802 (avec d'autres références).

<sup>416</sup> Civ. 3°, 11 janvier 2012, n° 10-23.141, Juris-Data n° 2012-000192, JCP 2012, n° 15, 442, note J. GHESTIN et Y.-M. SERINET.

<sup>417</sup> Com., 18 janvier 1984, Bull. IV, n° 23, Juris-Data n° 1984-700120 (nous soulignons). Cela n'empêche pas la jurisprudence d'assimiler ici réduction du prix et indemnisation pécuniaire.

<sup>418</sup> V. U. MAGNUS, « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 78 : « (...) einfache Form der Anpassung des Vertrages an ein vermindertes Leistungsniveau (...) ».

<sup>419</sup> Ch. ALBIGES, art. préc., n° 18, p. 18 et s.

sur les choses revient à placer en pleine lumière ce que l'on voudrait continuer à feindre d'ignorer »<sup>420</sup>.

Notons qu'une qualification plus franche de cette *mesure intermédiaire* conduirait d'ailleurs à admettre que la réfaction du contrat ou sa révision est une mesure plus douce que son anéantissement : en effet, on enseigne généralement que les mesures intermédiaires pouvant être prononcées par le juge dans le cadre d'une action en résolution reposent sur l'idée que « celui qui peut le plus peut le moins »<sup>421</sup> : en clair, celui qui peut prononcer la résolution totale, peut prononcer sa résolution partielle. Or, en admettant que la « résolution partielle » soit en réalité une forme de révision du contrat, cela revient à dire que la révision est la mesure la moins grave. C'est bien le raisonnement que tient depuis longtemps la doctrine allemande. Nos développements relatifs à la révision pour imprévision ont montré que la jurisprudence allemande s'était servie précisément de l'argument « qui peut le plus peut le moins » (*argumentum a maiore ad minus*) pour justifier l'adaptation judiciaire du contrat en cas d'imprévision et pas seulement sa résiliation. Et sur ce point, nous avons pu constater que les juristes allemands et les juristes français tenaient des discours totalement opposés, puisque ces derniers considèrent communément que la révision du contrat constitue une mesure plus grave que sa résiliation car plus attentatoire à la liberté contractuelle.

Pour un auteur allemand, la résolution du contrat, la révision du contrat en cas d'imprévision et la réduction du prix (réfaction) forment d'ailleurs ensemble un système gradué de remèdes en cas de troubles dans l'exécution qui ne sont pas dus à une faute du débiteur<sup>422</sup>. Leur coexistence permettrait de prendre en considération l'*intensité* du trouble et de n'avoir recours dans un premier temps qu'aux remèdes les moins graves. Ceci nous amène aux conditions respectives de la résolution et de la réfaction (ou réduction du prix).

---

<sup>420</sup> V. la réflexion fort pertinente de Th. GENICON, th. préc., n° 802.

<sup>421</sup> V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 652.

<sup>422</sup> V. P. SCHLECHTRIEM, « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », art. préc., p. 28 : « M.E. gehören Rücktritt, Vertragsanpassung wegen Veränderung der Geschäftsgrundlage und Minderung in einen Gesamtzusammenhang der Rechtsbehelfe im Falle von Leistungsstörungen, die nicht, jedenfalls nicht immer vom Schuldner der verletzten Pflicht, zu vertreten sind. Sie stehen dabei in einem Stufenverhältnis (...) ».

### *b) Des conditions différentes*

**515.** Les conditions de la résolution et de la réduction ne se recoupent pas toujours<sup>423</sup>. Par essence, la réduction du prix vise le maintien du contrat et la conservation du bien (ou de la prestation), malgré son défaut. Cela implique que le défaut n'affecte pas l'intérêt économique du contrat pour le créancier. La réduction du prix s'applique donc généralement dans le cas d'une inexécution modérée, voire minime.

La directive européenne sur la vente constitue un bon exemple à ce titre. En même temps qu'elle consacre la réduction du prix comme sanction autonome et générale du défaut de conformité du bien, elle laisse clairement apparaître que le champ d'application de la résolution est distinct de celui de la réduction du prix. En effet, dans la mesure où « le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est mineur » (v. l'art. 3 de la directive), il en résulte que la réduction du prix constitue le seul remède disponible en ce cas.

Tant et si bien qu'il ne faut pas que les règles procédurales d'un droit national empêchent le consommateur d'exercer ce droit lorsque la résolution du contrat est exclue en raison du caractère mineur du défaut de conformité et que le consommateur n'a demandé en justice que la résolution. C'est ce qu'a jugé récemment la CJUE dans un arrêt du 3 octobre 2013 qui démontre toute l'importance de ce jeu d'alternance entre la résolution et la réduction du prix<sup>424</sup>.

---

<sup>423</sup> V. sur ce point C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 265, et les références citées.

<sup>424</sup> CJUE 3 octobre 2013, aff. C-32/12 *Soledad Duarte Hueros c/ Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*. L'arrêt fait indirectement obligation au juge d'accorder d'office une réduction du prix au créancier si le droit procédural national interdit au créancier de formuler une (nouvelle) demande en réduction du prix après avoir demandé sans succès la résolution du contrat. En effet, la Cour a jugé que « la directive 1999/44/CE (...) doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à la réglementation d'un Etat membre (...) qui, lorsqu'un consommateur ayant droit à une réduction adéquate du prix d'un bien fixé par le contrat de vente se borne à demander en justice uniquement la résolution de ce contrat, alors que celle-ci ne saurait être obtenue en raison du caractère mineur du défaut de conformité de ce bien, ne permet pas au juge national saisi d'accorder d'office une telle réduction, et ce quand bien même ledit consommateur n'est habilité ni à préciser sa demande initiale ni à introduire un nouveau recours à cet effet ».

## 2. *L'appréhension de la réfaction sous le concept de responsabilité*

**516.** Quand elle n'est pas qualifiée de « résolution partielle », la réfaction est très souvent perçue comme une application des principes gouvernant la responsabilité<sup>425</sup>.

La réfaction du contrat n'étant consacrée, en droit français, que de façon ponctuelle, la doctrine se plaît à souligner qu'il est possible toutefois d'y avoir recours, certes de façon détournée, en introduisant une demande en dommages-intérêts pour venir compenser l'inexécution défectueuse, en l'absence de demande de résolution de la part du créancier<sup>426</sup>.

**517.** La jurisprudence invite certainement à un tel raisonnement. On sait qu'un arrêt remarqué du 29 janvier 2003 a exclu toute application du mécanisme de réduction du prix (réfaction) en matière de vente *civile*<sup>427</sup>. En effet, il a énoncé fermement qu'en cas d'inexécution partielle par le vendeur de son obligation de délivrance, le juge ne peut pas modifier le prix de vente déterminé par les parties et que le préjudice résultant de cette inexécution partielle ne peut être réparé que par l'allocation de dommages-intérêts<sup>428</sup>.

L'arrêt est intéressant à plusieurs titres. D'abord, en ce qu'il révèle une attitude très restrictive vis-à-vis du pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat, qui n'est pas sans rappeler le fameux arrêt *Canal de Craponne*. Comme l'a noté un commentateur, c'est le juge qui en l'occurrence s'interdit lui-même d'intervenir de la sorte dans le contrat<sup>429</sup>. Ensuite, parce qu'il expose sans ambiguïtés que la réduction du prix ne fait pas partie de la panoplie des sanctions de l'obligation de délivrance<sup>430</sup>. Comme l'indique l'arrêt, seule la voie des dommages-intérêts est ouverte à l'acheteur.

---

<sup>425</sup> Comp. M.-E. PANCRAZI, obs. sous art. 9.401 PDEC, in *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, *op. cit.*, p. 504.

<sup>426</sup> V. parmi d'autres : P. RÉMY-CORLAY, « La réduction du prix », in *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 267.

<sup>427</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 janvier 2003, Bull. III, n° 23, Defrénois 2003, art. 37767-53, note E. SAVAUX.

<sup>428</sup> *Contra* Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mars 1997, Bull. I, n° 111 ; Caen, ch. 1 section civile, 16 décembre 1997, Juris-Data n° 1997-048152.

<sup>429</sup> V. E. SAVAUX, note préc., p. 844 et s. Il le fait ici au visa de l'art. 1591 C. civ. qui dispose que « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».

<sup>430</sup> *Ibid.*

Ce faisant, l'arrêt n'invitait nullement à assimiler les deux sanctions, bien au contraire. En effet, ainsi qu'il a été très justement observé, si la réduction du prix n'était qu'une forme de réparation du préjudice subi par l'acheteur, la Cour de cassation eût dû l'admettre<sup>431</sup>. L'arrêt condamne donc indirectement l'analyse tendant à assimiler la réduction du prix à une forme d'indemnisation du préjudice subi par l'acheteur<sup>432</sup>.

**518.** Il a été maintes fois démontré que le concept de réfaction ne se confondait pas avec celui de responsabilité contractuelle<sup>433</sup>, même si certains arrêts procèdent à une telle confusion<sup>434</sup>.

Chaque sanction poursuit un objectif propre : réparer le dommage prévisible, intrinsèque et extrinsèque, causé par l'inexécution pour la responsabilité contractuelle ; restaurer par réduction l'équilibre rompu au sein du contrat pour la réfaction<sup>435</sup>. La première a une portée plus large.

Cela explique et justifie que les deux sanctions puissent se cumuler<sup>436</sup> : comme l'indique l'article 9.401 al. 3 PDEC, « la partie qui réduit le prix ne peut de surcroît obtenir des dommages et intérêts pour diminution de valeur de la prestation ; mais elle conserve son droit à dommages et intérêts pour tout autre préjudice qu'elle a souffert (...) ».

---

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> *Ibid.* Notons qu'en matière de garantie de la vente cette fois, le caractère autonome de la réduction du prix par rapport à la réparation s'est vu nettement affirmé dans deux arrêts récents qui ont jugé que « l'action en réparation du préjudice éventuellement subi du fait d'un vice caché n'est pas subordonnée à l'exercice d'une action rédhibitoire ou estimatoire et, par suite, peut être engagée de manière autonome » : v. Com., 19 juin 2012, Bull. IV, n° 132 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2012, Bull. I, n° 192.

<sup>433</sup> V. en particulier Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 261 ; Th. GENICON, th. préc., n° 795 ; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. préc., n° 161 et s. ; C. RIGALLE-DUMETZ, th. préc., n° 255.

<sup>434</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> février 2006, Bull. III, n° 22. L'arrêt a admis que la réduction du prix pour vice caché puisse correspondre au coût des travaux de remise en état du bien : « (...) l'action estimatoire de l'article 1644 du Code civil permet de replacer l'acheteur dans la situation où il se serait trouvé si la chose vendue n'avait pas été atteinte de vices cachés (...) ». En dehors du domaine de l'« inexécution », et à propos du dol incident, la Cour de cassation tend à brouiller les frontières entre réparation et réfaction en considérant que « la victime d'un dol peut, à son choix, faire réparer le préjudice que lui ont causé les manœuvres de son cocontractant par l'annulation de la convention et, s'il y a lieu, par l'attribution de dommages-intérêts, ou simplement par une indemnisation pécuniaire qui peut prendre la forme de la restitution de l'excès de prix qu'elle a été conduite à payer » (Com., 27 mai 1997, n° 95.15.930, Juris-Data n° 1997-002505).

<sup>435</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 261. V. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 septembre 2009, Juris-Data n° 2009-049443 (affirme au visa de l'art. 1351 C. civ. que la demande d'un locataire en dommages-intérêts pour privation de jouissance n'a pas le même objet que sa précédente demande en réduction du loyer pour modification de la surface louée).

<sup>436</sup> *Ibid.*



Concrètement, la réfaction (réduction du prix) et les dommages-intérêts donnent lieu à des modes de calcul différents (a) et sont soumis à des conditions distinctes (b).

### *a) Des modes de calcul différents*

**519.** Dans la réfaction, le prix est réduit dans une proportion égale à la différence entre la valeur de la prestation fournie et la valeur que la prestation aurait eue si elle avait été conforme au contrat, alors que les dommages-intérêts sont évalués de façon à placer le créancier dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté<sup>437</sup>.

S'agissant du seul dommage « intrinsèque », les méthodes de calcul de la réduction du prix et de l'indemnisation du préjudice subi ne sont nullement les mêmes<sup>438</sup>. Cela explique que les deux remèdes ne conduisent pas toujours au même résultat<sup>439</sup>. C'est dire qu'entre ces deux mécanismes, il n'existe aucune « équivalence des résultats »<sup>440</sup>.

Les montants varient dans les cas où le prix diffère de la valeur objective du bien<sup>441</sup>. Lorsque le créancier a fait une « mauvaise affaire », c'est-à-dire lorsque le prix payé dépasse la valeur objective du bien, il aura intérêt à demander la réduction du prix ; à l'inverse, s'il a fait « bonne affaire », il aura intérêt à se placer sur le terrain de la responsabilité. Encore faut-il que les conditions de la responsabilité soient remplies.

---

<sup>437</sup> *Ibid.* Sur cette distinction, v. également BGH 5. Zivilsenat, 5.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, p. 1217 et s.; Civ. 3<sup>e</sup>, 11 septembre 2013, JCP 2013, n° 48, 1237 note Y. DAGORNE-LABBE.

<sup>438</sup> Pour une présentation claire des deux méthodes de calcul, v. F. EICHEL, « Minderung und kleiner Schadensersatz im Kauf- und Werkrecht », JuS 12/2011, p. 1064 et s. Les § 441 III et 638 III BGB indiquent comment calculer le *prix réduit* : il convient de multiplier le prix et la valeur de la chose avec ses défauts, et de diviser ensuite la somme par la valeur de la chose exempte de défauts. Pour obtenir le montant du remboursement du « trop-perçu », un deuxième calcul est nécessaire : il s'agit de la différence entre le prix de vente et le prix réduit. Les dommages-intérêts compensatoires (*kleiner Schadensersatz*) quant à eux, correspondent à la différence entre la valeur objective de la chose exempte de défauts et la valeur de la chose avec ses défauts.

<sup>439</sup> A titre d'illustration, on peut reprendre ici l'ex. fourni par la Commission LANDO (v. *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, commentaire I sous l'art. 9.401, p. 394). Admettons que E s'engage à construire une maison pour M pour un prix de 150.000 €. Si le travail avait été correctement effectué, la maison aurait été estimée à 100.000 € après achèvement. Mais, du fait des carences de E, elle n'en vaut que 80.000. M dispose de l'option suivante : soit réclamer 20.000 € à titre de dommages-intérêts, soit exercer son droit à réduction du prix dans les mêmes proportions que la perte de valeur de la maison, c'est-à-dire un cinquième, soit 30.000 €.

<sup>440</sup> Y.-M. LAITHIER, *th. préc.*, n° 261.

### *b) Des conditions distinctes*

**520.** Contrairement à la réfaction, l'allocation de dommages-intérêts suppose, comme toute responsabilité, une défaillance imputable au débiteur<sup>442</sup>. Ses conditions sont donc plus sévères que celles exigées pour la réfaction<sup>443</sup>.

La doctrine française a toutefois recensé un certain nombre d'arrêts qui ont alloué ces dommages-intérêts à finalité purement compensatrice dans la plus parfaite indifférence du caractère fautif ou non de l'inexécution<sup>444</sup>. Elle considère cependant qu'il s'agit ici en quelque sorte de « faux » dommages-intérêts qui cachent une « vraie » réfaction du contrat<sup>445</sup>.

En définitive donc, la réfaction du contrat se situe « à mi-chemin entre les dommages et intérêts et la résolution »<sup>446</sup>, sans se confondre avec eux. Elle constitue une sanction originale, *sui generis*, qui a pour objet de compléter la panoplie des suites de l'inexécution<sup>447</sup>.

Le fait qu'elle ne soit pas consacrée officiellement en droit français (sauf exceptions) tend à obscurcir non seulement sa nature mais aussi le régime du pouvoir judiciaire de réduction du prix.

<sup>441</sup> V. encore F. EICHEL, art. préc.

<sup>442</sup> Y.-M. LAITHIER, *ibid.*, n° 261. C'est la même chose en droit allemand.

<sup>443</sup> Notons que même dans les systèmes qui ont adopté une responsabilité sans faute, comme les PDEC, la réfaction du contrat s'avère plus facile à obtenir que les dommages-intérêts car celle-ci n'est pas exclue lorsque le débiteur bénéficie d'une exonération en vertu de l'art. 8.108 (« force majeure »), alors que les dommages-intérêts le sont dans le même cas : v. *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire II sous l'art. 9.401, p. 394.

<sup>444</sup> V. en particulier M.-E. PANCRAZI, obs. sous art. 9.401 PDEC, in *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, op. cit.*, p. 506 ; P. GROSSER, « L'ordonnement des remèdes », art. préc., p. 113 et s. Pour des ex. : Civ., 5 mai 1920, S. 1921, I, p. 298 ; Com., 21 décembre 1981, Bull. IV, n° 450.

<sup>445</sup> P. GROSSER, *ibid.*, p. 114 (avec d'autres références).

<sup>446</sup> V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, Paris, LGDJ, 2000, n° 459, p. 414. Dans les PDEC, la réduction du prix fait d'ailleurs l'objet d'une section 4, placée entre la section 3 consacrée à la résolution et la section 5 consacrée aux dommages et intérêts.

<sup>447</sup> Ch. ALBIGES, art. préc., p. 11.

## ***B. LA MESURE DU POUVOIR JUDICIAIRE DE RÉDUCTION DU PRIX***

**521.** Le calcul de la réduction du prix est laissé plus ou moins à l'appréciation du juge dans les systèmes juridiques respectifs. On envisagera successivement les solutions retenues en droit français positif (1), en droit allemand et européen (2) ainsi que dans les projets de réforme français (3). Même dans les systèmes où le juge est le plus encadré, son pouvoir d'appréciation est inévitable (4).

### ***1. Droit français positif***

**522.** A partir du moment où la réfaction du contrat s'effectue sous le voile des dommages-intérêts compensatoires, sa mesure tombe dans le domaine du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond. Il est donc difficile de savoir comment les juges français procèdent au calcul de la réduction du prix. Par définition, la Cour de cassation n'effectue aucun contrôle en la matière.

Même en matière commerciale, où la jurisprudence a reconnu aux juges un véritable pouvoir de réfaction du contrat en cas d'inexécution partielle de l'obligation de délivrance, la Cour de cassation ne fixe aucun principe d'évaluation et laisse aux juges du fond le soin d'apprécier souverainement la mesure dans laquelle le prix doit être réduit<sup>448</sup>.

**523.** Il n'y a qu'en matière de vice caché que la Cour de cassation a imposé l'arbitrage de la réduction du prix par experts<sup>449</sup>. Comme le prescrit l'article 1644 C. civ., l'action estimatoire consiste à « se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ». Le juge ne peut donc apprécier tout seul l'ampleur de la

---

<sup>448</sup> Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 263. V. Com., 23 mars 1971, Bull. IV, n° 89 : « Qu'elle [la cour d'appel] n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation pour fixer le montant de la réfaction à accorder à l'acheteur ».

<sup>449</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 10 novembre 1999, Bull. III, n° 217 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mai 2006, Bull. I, n° 216 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2009, Juris-Data n° 2009-050626 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juin 2013, n° 12-16.392, Juris-Data n° 2013-011387 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 9 juillet 2013, n° 12-19.445, 880, Juris-Data n° 2013-014638.

réduction du prix. Non seulement l'expertise est obligatoire mais le juge doit suivre également le résultat de celle-ci<sup>450</sup>.

## 2. PDEC et droit allemand

**524.** Dans les PDEC tout comme en droit allemand, les dispositions consacrant le droit à la réduction du prix déterminent en même temps la manière dont la réduction du prix doit s'opérer. Les deux systèmes prévoient un procédé de calcul identique.

Le § 441 al. 3 BGB dispose à cet effet que « Pour la réduction, le prix de vente doit être diminué dans la même proportion que celle qui aurait existé, au moment de la conclusion du contrat, entre la valeur de la chose exempte de défauts et sa valeur réelle (...) »<sup>451</sup>.

Cette clarification apparaît bienvenue, dans la mesure où la réduction du prix constitue dans ces deux systèmes un remède unilatéral et non judiciaire<sup>452</sup>. Pour pouvoir exercer utilement son droit à réduction du prix<sup>453</sup>, du moins pour apprécier l'opportunité de recourir à ce remède, le créancier doit être mis en mesure d'effectuer seul le calcul.

La formule permet en même temps au juge d'exercer un contrôle de la mesure de la réduction *a posteriori*. Les juges allemands appliquent donc eux-mêmes la formule légale<sup>454</sup>.

<sup>450</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2009, Bull. III, n° 86.

<sup>451</sup> Comp. l'art. 9. 401 (1) PDEC : « La partie qui accepte une offre d'exécution non-conforme au contrat peut réduire le prix. La réduction est proportionnelle à la différence entre la valeur de la prestation au moment où elle a été offerte et celle qu'une offre d'exécution conforme aurait eue à ce moment ». Le calcul est le même qu'en droit allemand. Les deux textes retiennent toutefois une date différente pour apprécier la valeur de la prestation fournie et la valeur de la prestation conforme : jour de l'inexécution du contrat pour les PDEC, jour de la conclusion du contrat pour le BGB.

<sup>452</sup> On notera que la doctrine allemande s'interroge toutefois sur le point de savoir si la réduction du prix, telle qu'elle est conçue dans les projets de droit européen des contrats, constitue un « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*), qui opère par voie de déclaration unilatérale de volonté, ou si elle ne se produit pas de façon automatique (*ipso iure*). L'hésitation provient du fait que dans les textes européens, aucune formalité précise n'est prévue pour mettre en œuvre ce remède. En particulier, il n'est pas dit expressément que le créancier doit la notifier à son cocontractant.

<sup>453</sup> En tant que « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*), la réduction du prix opère par voie de déclaration unilatérale de volonté. La question de savoir si le créancier doit préciser dans sa déclaration le montant de la réduction souhaitée reste toutefois controversée : certains considèrent que le montant de la réduction ne fait pas partie du contenu de la déclaration mais n'en constitue qu'une conséquence : v. en ce sens B. GRUNEWALD, in *Erman BGB*, 13. Aufl., 2011, § 441, n° 2 : « Der Betrag ist Folge, nicht Inhalt der Erklärung ».

<sup>454</sup> V. par ex. BGH 5. Zivilsenat, 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, p. 2953 et s., pt. 10.

Ici donc, la mesure de la réduction est fixée par le législateur et ne dépend nullement de la seule volonté du créancier<sup>455</sup> ou de celle du juge.

### 3. Projets de réforme français

**525.** Il en va différemment dans les projets de réforme du droit français des contrats qui, tout en faisant de la réduction du prix un remède unilatéral, ont pris le parti de ne pas déterminer la manière dont l'évaluation du prix doit s'opérer. L'article 107 de l'avant-projet Terré par exemple indique uniquement que « Le créancier peut accepter une exécution non-conforme du débiteur et réduire proportionnellement le prix »<sup>456</sup>.

Les rédacteurs estiment en effet que si la réduction unilatérale du prix répond à la perspective « remédiale » qui a été choisie de manière générale, et qu'elle permet en particulier au créancier d'obtenir rapidement satisfaction en retenant une partie du prix, ce remède ne peut faire l'économie du juge auquel il reviendra de déterminer en tout état de cause la mesure de la réduction<sup>457</sup>. C'est pourquoi ils posent de manière très souple que la réduction du prix doit être *raisonnable* et être *conforme à l'économie du contrat*.

On retrouve là le désir de s'en remettre au pouvoir d'appréciation du juge déjà rencontré à propos de la révision du contrat en cas d'imprévision. Il y a là une constante dans les projets français, même les plus « modernes ».

Par suite, et comme le précisent les auteurs, il appartiendra au débiteur de contester la partie du prix retenue, devant les tribunaux s'il le faut et si le paiement n'a pas été effectué ; à son créancier de réclamer partie du prix si celui-ci a déjà été

---

<sup>455</sup> V. S. PAMMLER, in *jurisPK- BGB*, Bd. 2., 6. Aufl., Saarbrücken, Juris, 2012, § 441, n° 22 : « Die Höhe der Minderung ergibt sich ohnehin *unabhängig von dem Verlangen des Käufers* aus § 441 Abs. 3 BGB » (nous soulignons). Comp. toutefois M.-E. PANCRAZI, obs. sous art. 9.401 PDEC, art. préc., p. 506 : « (...) la partie qui se trouve dotée d'une telle prérogative est non seulement maître du choix de la sanction mais également maître de sa mesure ». Bien évidemment, les parties sont libres de s'accorder sur un montant supérieur ou inférieur à celui découlant des prescriptions légales.

<sup>456</sup> Rappr. l'art. 131 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013) : « Le créancier peut accepter une exécution imparfaite du contrat et réduire proportionnellement le prix ».

<sup>457</sup> P. RÉMY-CORLAY, « La réduction du prix », in *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 267 et s.

versé<sup>458</sup>. En cela, les projets français ne se démarquent pas du droit allemand ou des PDEC.

Mais les auteurs font observer dans le même temps que dans ces deux hypothèses, le tribunal fixera, sans doute souverainement, le montant de la restitution. La solution correspond au droit positif et porte la marque du droit français. Certes, le juge intervient ici pour rétablir un équilibre rompu en fonction de données objectives (le texte fait référence à l'idée de proportionnalité) mais le pouvoir d'appréciation du juge est d'autant plus libre qu'il n'est pas encadré par les textes et qu'il est qualifié de souverain.

#### ***4. Un pouvoir d'appréciation judiciaire inévitable***

**526.** Il est indéniable que même lorsqu'elle est conçue comme un remède extrajudiciaire, la réduction du prix ne peut se passer entièrement du juge.

Aussi utile qu'elle soit, la formule posée par les PDEC ou le BGB pour procéder au calcul du prix réduit nécessite bien souvent des évaluations. En effet, comment évaluer « la valeur de la chose exempte de défauts et sa valeur réelle » ?

Cette difficulté est bien prise en compte par le législateur allemand qui vient préciser au § 441 al. 3 BGB que « Si nécessaire, la réduction doit être évaluée par estimation ». Il incombera alors au juge de procéder à de telles évaluations, en recourant à des experts si nécessaire.

Dans les PDEC, le problème de l'évaluation se pose avec d'autant plus d'acuité que le moyen est ouvert, que la non-conformité concerne la quantité, la qualité, les délais de livraison ou toute autre forme d'inexécution<sup>459</sup>. Or, si la non-conformité concerne un délai de livraison, comment là encore évaluer la réduction proportionnelle de valeur ?<sup>460</sup> Le calcul de proportionnalité semble être plutôt adapté à l'hypothèse de mauvaise exécution (défaut de la chose).

---

<sup>458</sup> *Ibid.*, p. 268.

<sup>459</sup> V. *Principes du droit européen du contrat*, *op. cit.*, p. 394.

<sup>460</sup> Pour une telle interrogation, v. *Principes contractuels communs*, *op. cit.*, p. 721.

La Cour suprême allemande a reconnu elle-même que la loi laissait ainsi aux juges une marge d'appréciation pour procéder aux évaluations nécessaires<sup>461</sup>.

Elle se réserve néanmoins le droit de contrôler les procédés d'évaluation utilisés par les juges du fond et de casser leur décision lorsqu'elle juge qu'ils ne sont pas appropriés<sup>462</sup>. Ces derniers doivent d'ailleurs motiver longuement leur décision et exposer en détail leur calcul. La motivation se présente là encore comme un précieux garde-fou.

---

<sup>461</sup> V. BGH 7. Zivilsenat, 14.1.2010, VII ZR 106/08, NJW 2010, p. 1282 et s., pt. 14.

<sup>462</sup> L'arrêt préc. du 14.1.2010 constitue un bon exemple à ce titre.

## CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME

527. Au terme de l'analyse, il apparaît que les mesures intermédiaires que constituent le délai d'exécution et la révision du contrat gagnent du terrain.

Le délai de grâce se maintient en France contre vents et marées, la *Nachfrist* allemande tend, pour sa part, à se généraliser puisque le créancier est tenu d'impartir un délai d'exécution au débiteur défaillant avant de pouvoir exercer, souvent unilatéralement, les droits que lui accorde le BGB. Force est de constater que c'est le modèle allemand qui s'impose au niveau européen. Or celui-ci tend à l'effacement du juge dans le jeu de ce mécanisme. En effet, le système allemand de la *Nachfrist* se caractérise par le fait que c'est le créancier lui-même qui fixe un délai d'exécution au débiteur défaillant. Le juge ne joue ici qu'un rôle d'appoint.

La révision du contrat proprement dite tend elle aussi à s'imposer.

En matière d'imprévision, la révision du contrat constitue, en situation de crise contractuelle grave, la seule alternative à l'inexécution du contrat, à sa rupture, et le seul remède propre à sauvegarder le contrat, à assurer sa pérennité. Partout où elle est admise, cette mesure est confiée au juge. Cependant, l'étendue de ses pouvoirs varie d'un système à l'autre. Le choix de ce remède n'est pas laissé partout à la discrétion du juge. En droit allemand, la révision du contrat constitue un droit subjectif (*Anspruch*) de la partie défavorisée par la « disparition du fondement contractuel », si bien qu'elle est en droit de l'obtenir si les conditions légales sont réunies. La mesure de la révision quant à elle est inséparable d'une certaine dose de liberté du juge, bien qu'il ne lui soit pas accordé un blanc seing.

En matière d'inexécution, la révision prend plusieurs formes. Les deux principales sont la résolution partielle du contrat et la « réfaction » du contrat, plus connue sous le terme de réduction du prix. Tout comme la révision pour imprévision, les deux mesures donnent lieu à une certaine résistance en raison du pouvoir d'immixtion qu'elles confèrent au juge dans le contrat. En droit français, celles-ci sont en effet l'apanage du juge. Et même dans les systèmes juridiques où elles constituent des remèdes unilatéraux, comme en droit allemand, le juge est bien



souvent amené à exercer un certain pouvoir d'appréciation *a posteriori*, c'est-à-dire une fois le remède mis en œuvre. Si les difficultés liées à l'exercice de ces remèdes existent incontestablement et conduiront les parties à saisir le juge en cas de désaccord, il ne faut pas en déduire pour autant que l'intervention du juge (en amont) est systématiquement nécessaire. Il convient de s'en convaincre désormais à travers l'étude de la résolution du contrat.

## TITRE III - LA RÉOLUTION DU CONTRAT

**528.** Le créancier victime de la défaillance du débiteur n'a plus nécessairement intérêt à l'exécution du contrat. C'est pourquoi, plutôt que de demander l'exécution forcée en nature ou la réduction du prix, le créancier pourra opter en faveur de la résolution du contrat et ainsi se libérer de ses obligations<sup>1</sup>.

La résolution est fondée sur une idée de bon sens : l'obligation de l'un n'a plus de raison d'être lorsque l'autre n'en fournit pas la contrepartie convenue<sup>2</sup>. Ce fondement permet de délimiter le champ d'application de cette sanction : elle a sa place naturelle pour tous les contrats comportant des obligations réciproques, et pour eux seuls<sup>3</sup>. C'est le mérite du droit français que d'avoir posé cette règle de bon sens et

---

<sup>1</sup> Le mot résolution vient du latin *resolvere* qui signifie dénouer, délier. La résolution libère tout d'abord la partie victime de l'inexécution de son propre engagement (effet libératoire). En même temps, la résolution permet au contractant lésé de demander la restitution de ce qu'il a pu fournir en vertu du contrat (effet restitutoire). Cette restitution va permettre de réaliser *en fait* le retrait de l'opération économique engagée par les contractants. Seuls les pouvoirs que le juge exerce sur l'effet libératoire nous intéressent ici. Lorsque le créancier est dûment libéré, les restitutions qui peuvent s'ensuivre, et qui constituent un effet direct et nécessaire de la décision d'anéantissement, sont régies par des règles spécifiques qui ne feront pas l'objet de cette étude.

<sup>2</sup> Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012, n° 515. Comme l'a énoncé l'arrêt Civ., 29 novembre 1865 (S. 1866, I, p. 21), « la résolution prononcée par l'article 1184 est la consécration de cette règle d'équité qui ne permet pas de laisser un des contractants dans les liens du contrat dont l'autre partie ne lui fournirait pas l'équivalent ». L'arrêt fait implicitement référence à l'enseignement des canonistes, qui ont su lier le sort des obligations mises à la charge de chacune des parties (*franganti fidem, fides non est servanda* : à celui qui rompt la foi, la foi n'est plus due). Sur le rôle essentiel joué par le droit canon et son influence sur le droit français : v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Précis Dalloz, 2013, n° 644, et nos développements infra.

<sup>3</sup> Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *ibid.* Ainsi, la résolution du contrat concerne principalement les contrats synallagmatiques, comme il ressort des termes mêmes de l'article 1184 al. 1 C. civ. De même, en droit allemand, la résolution du contrat est envisagée au sein de dispositions particulières au contrat synallagmatique (*gegenseitiger Vertrag*) : v. les § 320 et s. BGB. En droit français, certains contrats unilatéraux peuvent entrer toutefois dans le champ d'application de l'article 1184 C. civ. Il s'agit des contrats qui sont techniquement unilatéraux mais qui sont en réalité à titre onéreux, les contrats réels par exemple (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p. 654). En effet, bien qu'étant une condition de formation du contrat, cette remise de la chose introduit un élément de réciprocité qui justifie l'application éventuelle de la résolution (Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *ibid.*). Notons qu'en droit allemand, les § 323 et s. BGB ne sont pas applicables aux contrats unilatéraux qui font l'objet de dispositions légales spéciales (v. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, n° 916).

d'avoir ouvert ainsi la voie à l'admission générale de la résolution du contrat pour inexécution<sup>4</sup>.

**529.** Dans tous les droits, la résolution du contrat est perçue comme une sanction grave<sup>5</sup>. Fondamentalement, l'octroi ou le refus de la résolution dépend de l'appréciation de considérations contradictoires<sup>6</sup>.

D'un côté, le créancier a un intérêt certain à se voir reconnaître largement la possibilité de se défaire du contrat en cas d'inexécution afin de pouvoir conclure un nouvel échange et employer ailleurs ses capacités et ses moyens. Dans certaines situations, la résolution est la seule solution qui lui permette de sauvegarder correctement ses intérêts, par exemple quand le cocontractant défaillant est insolvable et ne peut exécuter ses obligations ou payer des dommages-intérêts<sup>7</sup>. Mais le créancier peut aussi souhaiter avoir la possibilité de résoudre le contrat dans des cas moins graves<sup>8</sup>.

De son côté, le débiteur a lui tout intérêt au maintien du contrat. En effet, pour la partie défaillante, la résolution entraîne souvent un préjudice important. En essayant d'exécuter, elle peut avoir engagé des dépenses en pure perte, ainsi quand il n'existe nulle part un marché pour la prestation effectuée<sup>9</sup>. On peut estimer alors que lorsque d'autres recours tels que les dommages-intérêts ou la réduction du prix sont possibles, ils sauvegardent suffisamment les intérêts du créancier et permettent d'éviter la résolution<sup>10</sup>.

Ces considérations expliquent qu'en l'absence de stipulation contraire, seule une inexécution d'une certaine importance en autorise l'accès<sup>11</sup>. En revanche, il importe peu que l'inexécution soit imputable au débiteur ou à une cause étrangère<sup>12</sup>.

---

<sup>4</sup> Le rôle décisif du droit français est souligné par de nombreux auteurs étrangers : v. notamment A. FLESSNER, « Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung », ZEuP 1997, p. 262.

<sup>5</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009, n° 149.

<sup>6</sup> *Principes du droit européen du contrat, version française, op. cit.*, commentaire I sous l'art. 9.301, p. 372 ; H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, n° 918.

<sup>7</sup> *Principes du droit européen du contrat, ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Principes du droit européen du contrat, ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Y.-M. LAITHIER, *Droit comparé, ibid.*

<sup>12</sup> Pour le droit français, v. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 650 : « Mais cette condition [inexécution] est suffisante ; il n'est pas requis, en effet, que l'inexécution soit fautive, ni qu'elle soit totale » (nous soulignons). Pour le droit allemand, v. H. KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Aufl., *op. cit.*, n° 922 : « Aus § 323 ergibt sich, dass es für das Rücktrittsrecht nicht darauf ankommt, ob der Schuldner seine Pflichtverletzung zu vertreten hat oder nicht ». Il s'agit d'une nouveauté découlant de la réforme du droit des obligations de 2001 (v. BT-Drucks. 14/6040, p. 184). Il en va de même dans les projets de

C'est donc le manquement dit résolutoire, celui qui conduit à la résolution du contrat, qui constitue le cœur du dispositif de la résolution.

**530.** Or celui-ci est laissé plus ou moins à l'appréciation du juge suivant le modèle de résolution retenu. Sur ce point précisément, on oppose traditionnellement le modèle de résolution judiciaire au modèle de résolution unilatérale : dans le premier, le manquement résolutoire est laissé à l'appréciation du juge tandis que dans le second, il est laissé à l'appréciation du créancier, ce qui permet à ce dernier d'être le véritable juge de la résolution.

Cette présentation classique mérite d'être soumise à un examen plus approfondi. La réalité s'avère en effet plus complexe. Chaque modèle de résolution s'accommode de nuances. Le prononcé judiciaire de la résolution ne signifie pas forcément que le juge est libre de décider librement du choix de la sanction (chapitre I). Inversement, le droit conféré au créancier de rompre unilatéralement le contrat est plus ou moins réel selon qu'il demeure ou non sous la dépendance de l'appréciation du juge (chapitre II). Il convient donc d'envisager successivement les deux modèles de résolution dans leurs nuances respectives.

---

droit européen des contrats. Ainsi la Commission LANDO a-t-elle souligné que « selon les Principes [du droit européen du contrat], les mêmes règles s'appliquent que l'inexécution bénéficie ou non d'une exonération : dans tous les cas, le créancier peut notifier la résolution » : *Principes du droit européen du contrat, version française, op. cit.*, note 2 sous l'art. 9.301, p. 373.

## CHAPITRE I - LE MODÈLE DE RÉOLUTION JUDICIAIRE

**531.** En droit français, le caractère judiciaire de la résolution du contrat rime avec pouvoir discrétionnaire du juge : en effet, le juge dispose du pouvoir d'apprécier l'opportunité de la prononcer (section I). Le pouvoir discrétionnaire du juge apparaît presque comme consubstantiel à la nature judiciaire de la sanction. L'exemple allemand montre que le caractère judiciaire de la résolution n'exclut aucunement que celle-ci soit abandonnée à la discrétion du créancier (section II). L'étendue du pouvoir d'appréciation du juge peut donc varier fortement au sein même du modèle de résolution judiciaire.

### SECTION I - RÉOLUTION JUDICIAIRE ET POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE

**532.** L'article 1184 al. 3 C. civ. pose le principe que « la résolution doit être demandée en justice ». Ainsi, traditionnellement en France, le juge est un passage obligé pour le créancier qui souhaite sortir du contrat inexécuté. Son intervention préalable explique un sentiment d'omniprésence du juge dans le traitement des suites de l'inexécution<sup>13</sup> (§ 1). Mais le pouvoir du juge français ne s'arrête pas au prononcé de la résolution du contrat. En effet, le juge n'est nullement contraint de la prononcer. Sa liberté s'affirme sous plusieurs formes qui sont autant de manifestations de son pouvoir discrétionnaire (§ 2). Au sentiment d'omniprésence du juge s'ajoute ainsi un sentiment d'omnipotence<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> V. Y.-M. LAITHIER, « Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract », in N. COHEN, E. McKENDRICK (dir.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 116.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 121.

## **§ 1. L'INTERVENTION PRÉALABLE DU JUGE EN DROIT FRANÇAIS**

**533.** L'intervention préalable du juge en matière de résolution est un principe auquel la doctrine française demeure encore attachée. Deux principaux arguments sont généralement mis en avant pour justifier la nature judiciaire de la résolution : l'idée que « nul ne peut se faire justice à soi-même » (A) et le principe de la force obligatoire du contrat (B)<sup>15</sup>.

Avant de les envisager successivement, on notera que la doctrine allemande voit une troisième justification possible à l'intervention du juge *a priori* : le mécanisme de la condition tacite<sup>16</sup>.

Selon l'article 1184 al. 1 C. civ., « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement ». Il faut admettre ici que la loi présume l'existence d'une condition tacitement convenue entre les parties : la présomption est légale mais la condition est conventionnelle<sup>17</sup>. Les auteurs allemands enseignent que la condition tacite est une technique qui a ses origines dans le droit naturel et qui a toujours permis au juge de procéder à une interprétation « complétive » (ou « créatrice ») du contrat<sup>18</sup>. Or, l'interprétation de la volonté des parties incombe naturellement au juge, ce qui viendrait expliquer la nature judiciaire de la résolution<sup>19</sup>.

Cette analyse n'est pas partagée par la doctrine française qui souligne au contraire l'incompatibilité du mécanisme de la condition résolutoire tacite avec les pouvoirs que possède le juge en matière de résolution. On considère traditionnellement que la survenance de l'événement mis *in conditione* (ici :

---

<sup>15</sup> V. de façon très claire : M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. préc., première partie, titre I (dont l'analyse va au-delà de la seule résolution du contrat).

<sup>16</sup> V. Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, *op. cit.*, p. 109 : « Die Einschaltung des Richters dürfte (...) vor allem aus der Funktion der *condicio tacita* folgen ». Pour l'auteur, la condition tacite est même la seule explication plausible de la nature judiciaire de la résolution en droit français.

<sup>17</sup> J.-J. TAISNE, *J.-Cl. Civ.*, Art. 1168-1174, Fasc. unique, n° 68.

<sup>18</sup> Ch. HATTENHAUER, *ibid.*

<sup>19</sup> Ch. HATTENHAUER, *ibid.*

l'inexécution) détruit le contrat de plein droit<sup>20</sup>. C'est dire que le mécanisme de la condition résolutoire n'implique pas d'intervention judiciaire. Surtout, en tant que pur produit de la volonté des parties, il exclut tout pouvoir d'appréciation du juge en la matière<sup>21</sup>. Autant de raisons qui ont conduit la doctrine française à considérer que le mécanisme de la condition résolutoire tacite ne correspondait aucunement aux caractéristiques techniques de la résolution et que le fondement ainsi mis en avant par les rédacteurs du Code civil était erroné<sup>22</sup>.

Dans les projets de réforme du droit français des contrats, toute référence à une éventuelle condition tacite a ainsi disparu, ce qui justifie qu'on n'approfondisse pas cette divergence de point de vue entre la doctrine française et allemande<sup>23</sup>.

### **A. L'ADAGE « NUL NE PEUT SE FAIRE JUSTICE À SOI-MÊME »**

**534.** Ainsi que se plaisent à rappeler les juges eux-mêmes, « l'article 1184 du Code civil a notamment pour objet d'éviter qu'un contractant ne se fasse justice à lui-même »<sup>24</sup>. L'adage ainsi convoqué renvoie à la notion de justice privée. Or, celle-ci est fort ambiguë<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 95. L'auteur reconnaît toutefois que lorsqu'on jette un rapide regard au-delà de nos frontières, et plus précisément en droit italien, il s'avère que l'automatisme de toute condition est loin de s'imposer avec évidence (*op. cit.*, n° 99).

<sup>21</sup> J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 430 : « Le très large pouvoir d'appréciation reconnu aux tribunaux est incompatible avec l'application d'une condition résolutoire sous-entendue ».

<sup>22</sup> V. parmi d'autres J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *ibid.* ; Th. GENICON, th. préc., n° 95 et s. (avec d'autres références).

<sup>23</sup> Cette divergence semble s'expliquer principalement par le fait que la doctrine allemande met en avant le caractère *tacite* de la condition résolutoire (le fait qu'elle n'ait pas été exprimée formellement par les parties au contrat, laissant ainsi libre cours au pouvoir d'interprétation du juge), tandis que la doctrine française assimile la condition résolutoire tacite de l'article 1184 C. civ. à la *lex commissoria* romaine (pacte commissoire). On sait que face à l'absence d'un droit de demander la résolution du contrat pour cause d'inexécution dans les contrats consensuels (dont la vente était le type), la pratique romaine avait imaginé d'insérer dans les actes de vente une clause dite *lex commissoria* qui donnait au vendeur le droit, pour le cas où l'acheteur ne payait pas le prix au terme convenu, de résoudre le contrat. Comme on l'a souligné : c'était la résolution, mais la résolution résultait de la convention des parties (F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 644). Or, les auteurs allemands opèrent une distinction entre la condition tacite, qui n'a pas été prévue expressément par les parties contractantes, et la stipulation expresse d'une *lex commissoria* qui ne laisse effectivement aucune place aux pouvoirs du juge. V. en ce sens Ch. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 135 : « Während das französische Modell das Rücktrittsrecht "aus" dem Vertrag unter Rückgriff auf die jahrhundertalte und gemeineuropäische Vorstellung der *condicio tacita* begründete, die für die ursprünglich durch richterliche Vertragsauslegung erfolgte Konsensergänzung steht, ließ der bei Vereinbarung der *lex commissoria* ausdrücklich geäußerte Konsens dem Richter keine Eingriffsmöglichkeit ».

<sup>24</sup> Nancy, 2<sup>e</sup> ch. com., 20 novembre 2000, Juris-Data n° 2000-139560, JCP 2002, II, 10113, note Ch. JAMIN. En caractérisant ainsi l'esprit de l'article 1184 C. civ., la cour d'appel de Nancy entendait résister à la jurisprudence de la Cour de cassation qui admet la résolution unilatérale du contrat en cas de « comportement grave » du débiteur. V. également Rennes, ch. 2, 3 juillet 2002, n° 02/03473, Juris-Data n° 2002-206844, qui rappelle qu'à défaut de clause résolutoire ou de manquements caractérisés justifiant une résolution unilatérale du contrat, la résolution du contrat doit toujours être demandée en justice en sorte que « le fait pour le franchisé

Dans une acception courante, la justice privée est opposée à la justice publique, celle qui est rendue par les juridictions étatiques. Une telle approche conduit à inclure dans la notion de justice privée l'arbitrage ainsi que les modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), qui permettent de mettre fin à un litige en se passant du concours du juge étatique<sup>26</sup>.

Ce n'est évidemment pas cette justice privée que fustige l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ». L'adage vise plus spécialement la justice unilatérale<sup>27</sup>. Or, cette justice unilatérale peut s'exprimer de deux façons : d'une part, au moyen d'un acte juridique unilatéral, ce qui renvoie au pouvoir d'une partie de modifier l'ordre *juridique* par l'expression de sa seule volonté, d'autre part, au moyen de l'exercice d'une voie de fait ou d'une exécution privée, qui opèrent cette fois dans l'ordre du *matériel*<sup>28</sup>. Dans les deux cas, la partie poursuit la réalisation de son droit en dehors du juge ou de l'appareil étatique. Reste à déterminer si le principe d'interdiction de la justice privée vise indistinctement les deux formes de justice unilatérale.

C'est par la comparaison avec le droit allemand (1) que l'on mesure combien le droit français procède à une interprétation extensive de l'adage « nul ne peut... », entendu à la fois comme l'interdiction de commettre des voies de fait et plus largement comme l'interdiction de modifier unilatéralement l'état de droit (2). L'interprétation beaucoup plus restrictive de la maxime en droit allemand explique que les remèdes unilatéraux n'y fassent pas l'objet du même discrédit qu'en France.

de remplacer brutalement du jour au lendemain le franchiseur par un concurrent revient à se faire justice à soi-même ».

<sup>25</sup> V. en particulier R. NERSON, « Rapport introductif », in « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ». *Le principe et ses limites en droit privé*, TAHC, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, p. 9.

<sup>26</sup> V. parmi d'autres D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit* 41 (1997), p. 149 et s. ; R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique* (1911), Paris, éd. La Mémoire du Droit, 2001 (reprod. en fac-sim. de l'éd. de 1911), Troisième partie – Chap. III (La justice privée), p. 622 et s. (qui y inclut aussi l'unilatéralisme dit conventionnel).

<sup>27</sup> V. *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, v<sup>o</sup> Justice privée : « fait, contraire au droit, de se faire justice à soi-même ; de s'arroger le droit de procéder spontanément, de son propre mouvement, à l'exécution de ses projets, *sur la seule appréciation personnelle du bien-fondé de ses propres prétentions*, sans recourir à la justice étatique ou à une autre autorité instituée, *ni chercher dans l'arbitrage, la médiation, la conciliation ou la transaction, la solution amiable des conflits ; action unilatérale* de propre justice que l'Etat de droit exclut dans le principe mais dont subsistent, par exception, des traces naturelles dans divers procédés séculaires d'autodéfense (légitime défense, exception d'inexécution, droit de rétention (...)) » (nous soulignons). Adde J. BÉGUIN, « Rapport sur l'adage "nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit français », in « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ». *Le principe et ses limites en droit privé*, TAHC, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, p. 47 : « La principale objection faisant obstacle à la justice privée est celle qui tient à son caractère unilatéral et à tous les dangers qui en découlent ».

<sup>28</sup> La voie de fait s'entend régulièrement d'une atteinte à la personne du débiteur ou à l'intégrité de ses biens. Selon la définition donnée par R. DEMOGUE, l'exécution privée consiste à prendre directement les mesures



Ainsi, sous l'apparente universalité de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » se profilent là encore certains malentendus.

### 1. L'interprétation restrictive de l'adage en droit allemand

**535.** S'appuyant sur les enseignements du droit romain (a), la doctrine allemande opère une distinction stricte entre la notion de justice personnelle (*Selbsthilfe*), qui vise les voies de fait et les voies d'exécution privée (b), et la catégorie des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) qui ne tombe pas à proprement parler sous le coup de l'interdiction de la justice privée (c).

#### a) Les origines romaines de l'adage « nul ne peut... »

**536.** Plusieurs études allemandes enseignent que l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » trouve son origine dans les Etablissements de Saint Louis (Roi de France de 1226 à 1270)<sup>29</sup>, un code que Montesquieu a qualifié d'obscur, confus, et ambigu, mêlant sans cesse la jurisprudence française avec la loi romaine<sup>30</sup>. Comme le révèle déjà la critique formulée par Montesquieu, ces Etablissements étaient fortement inspirés du droit romain, en particulier du décret de Marc-Aurèle, inséré au Digeste<sup>31</sup>. C'est ce qui fait dire à la doctrine allemande que la maxime n'est pas propre au droit français puisque l'interdiction de la justice privée trouve son

---

contre le débiteur pour obtenir le paiement d'une dette (*Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, op. cit.*, Troisième partie – Chap. III (La justice privée), p. 622).

<sup>29</sup> V. en particulier H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht*, Diss. München, Berlin, Duncker & Humblot, 1967, p. 124 et s. ; Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung, op. cit.*, p. 208.

<sup>30</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), Livre XXVIII, chap. 37 et 38. Comme le relate l'auteur, le code qui avait le nom d'établissements de Saint Louis était une compilation générale, statuant sur toutes les affaires civiles, faite pour servir de loi à tout le royaume. Dans sa critique, MONTESQUIEU est rejoint par P. VIOLLET, *Les Etablissements de Saint Louis*, t. II, Paris, Renouard, 1881, qui considère que les Etablissements n'étaient pas une législation modifiée ou améliorée, ni une codification mais une simple copie, souvent malencontreuse, de textes plus anciens (coutumes et droit romain).

<sup>31</sup> Notons que les auteurs français se réfèrent le plus souvent directement à cette source : ainsi J. DOMAT, dans ses *Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. I, Livre I, Titre XVII, section II (Paris, Durand, 1777, p. 127) établit un lien entre l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » et le droit romain (qu'il qualifie même ici de droit naturel) ; de même, dans sa thèse sur *La justice privée en droit moderne* (préf. R. DEMOGUE, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926, p. 77 et s.), A. VALLIMARESCO insiste sur le décret de Marc-Aurèle. C'est le cas également de certains auteurs allemands : v. W. B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, Habil., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, p. 2 ; H.-P. HAFERKAMP, in *HKK-BGB*, Bd. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, §§ 226-231, n° 34.

fondement dans un fonds commun des diverses traditions juridiques : le droit romain<sup>32</sup>.

**537.** Dans les Etablissements de Saint Louis (1257), l'interdiction de se faire justice à soi-même est évoquée en lien avec la question du bornage des fonds de terre<sup>33</sup>. En substance, le texte énonce que personne n'a le droit d'effectuer un bornage sans le concours de la justice car nul n'a droit de faire à soi-même justice<sup>34</sup>, ni d'enlever quelque chose à son débiteur lorsque celui-ci ne paie pas volontairement sa dette. Il faut en effet s'adresser à la justice et réclamer son droit et en faire la demande. Le texte observe en outre : « Et que ce soit vrai que “nul ne se doit faire justice”, et ne puisse soustraire la chose d'autrui sans le commandement et la volonté de la justice, est écrit dans le Digeste (...) »<sup>35</sup>. C'est au décret de Marc-Aurèle (Digeste, 4, 2.13 et 48, 7.7) que se réfère précisément le texte.

Celui-ci dispose que quiconque se prétendant créancier se sera de sa seule autorité payé sur les biens de son débiteur, même s'il n'a pas eu recours à la violence, sera puni par la perte de sa créance<sup>36</sup>. Comme l'a résumé un auteur, ce délit privé de justice privée est constitué par deux éléments : le fait matériel de s'emparer de la chose du débiteur et l'intention de se faire justice<sup>37</sup>.

Force est de constater que dans les deux sources, le principe d'interdiction de la justice privée vise les voies d'exécution privée, du moins des actes matériels<sup>38</sup>. C'est en ce sens restrictif que le droit allemand entend la maxime.

---

<sup>32</sup> C'est un point sur lequel insiste Ch. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 208.

<sup>33</sup> V. P. VIOLLET, *Les Etablissements de Saint Louis*, *op. cit.*, n° 138. Le texte original reproduit est écrit en ancien français.

<sup>34</sup> On notera que ce principe a trouvé sa place à l'art. 646 C. civ. qui prévoit un bornage judiciaire.

<sup>35</sup> V. le passage reproduit chez H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungs-klagerecht*, *op. cit.*, p. 124 et s.

<sup>36</sup> L. CRÉMIEU, *La justice privée. Son évolution dans la procédure romaine*, th. Paris, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908, p. 215.

<sup>37</sup> V. l'étude de A. VALLIMARESCO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>38</sup> Au-delà du décret de Marc-Aurèle, et comme il ressort de la thèse de A. VALLIMARESCO, *op. cit.*, p. 122 et s., les actes de justice privée spécialement prohibés par le droit romain étaient : l'emploi de la contrainte pour obtenir l'exécution d'une obligation, la dépossession violente, la saisie des enfants du débiteur. Le droit romain ancien avait connu lui la *manus injectio* (saisie par le créancier, de la personne de son débiteur) et la *pignoris capio* (saisie par le créancier, d'une chose appartenant au débiteur), deux voies d'exécution privée, dont on s'accorde à dire qu'elles sont des plus archaïques : v. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, Troisième partie – Chap. IV (L'exécution privée), p. 640.

### ***b) La notion de justice personnelle (Selbsthilfe) du § 229 BGB***

**538.** Héritier de la science pandectiste, le BGB retient lui aussi une conception stricte de la justice privée (*Selbsthilfe*), entendue comme une voie de fait (*Eigenmacht*)<sup>39</sup>.

En vertu du § 229 BGB, intitulé « *Selbsthilfe* », qui a été traduit en français par « justice personnelle »<sup>40</sup>, « Celui qui, dans un but de justice personnelle, appréhende une chose, la détruit ou la détériore, ou qui, dans le même but, arrête une personne soumise à une obligation lorsqu'elle est soupçonnée de vouloir prendre la fuite, ou repousse la résistance qu'elle lui oppose contre un fait qu'elle est obligée de subir, ne fait pas un acte contraire au droit, lorsqu'il est impossible à la justice publique d'intervenir en temps utile *et* que sans cette mainmise immédiate il y ait danger que la réalisation de ce à quoi sa prétention lui donne droit soit rendue impossible ou essentiellement plus difficile »<sup>41</sup>. Sans être définie pour elle-même<sup>42</sup>, la « justice personnelle » est bien évoquée en lien avec des cas de figure qui se caractérisent par une atteinte *matérielle* à la personne du débiteur ou à l'intégrité de ses biens. C'est ce qui explique qu'elle soit appréhendée traditionnellement sous le nom de « *Faustrecht* »<sup>43</sup> qui, pris à la lettre, signifie « droit du poing », et renvoie donc à l'idée de la loi du plus fort. Partant des dispositions légales<sup>44</sup>, la « justice

---

<sup>39</sup> Comme le relève A. VALLIMARESCO, th. préc., p. 155, le mot « *Eigenmacht* » a un sens plus large que « *Selbsthilfe* », car il comprend tout acte d'autorité privée, qu'il soit juste ou non. « *Eigenmacht* » serait donc le genre dont « *Selbsthilfe* » serait l'espèce, cette dernière impliquant l'existence d'un droit à défendre ou d'une prétention à réaliser (au sens large). Les liens entre les deux notions sont toutefois très étroits puisque le terme de « *Selbsthilfe* » est considéré comme étant le synonyme de « *eigenmächtiger Rechtsschutz* » : v. W. B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, op. cit., p. 1.

<sup>40</sup> V. G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand, Traduction commentée*, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010.

<sup>41</sup> Nous avons préféré reprendre ici la traduction proposée par A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, op. cit., p. 215, qui nous paraît plus juste et plus fidèle au texte original que celle proposée par G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand*, préc. Notons que dans leur traduction, ces derniers font état de conditions alternatives (non-intervention de l'autorité publique en temps utile *ou* risque que la réalisation de la prétention soit impossible ou rendue nettement plus difficile), là où le texte allemand pose des conditions cumulatives.

<sup>42</sup> W. B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, op. cit., p. 29, considère pour cette raison que le législateur, la jurisprudence et la doctrine laissent la notion en grande partie indéterminée.

<sup>43</sup> V. W. B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, op. cit., p. 1.

<sup>44</sup> A côté des paragraphes 229 à 231 BGB, le législateur utilise le terme de *Selbsthilfe* encore à trois reprises, aux paragraphes 562 b, 859 et 860 BGB. Dans tous les cas, il s'agit d'autoriser des voies de fait.

personnelle » peut donc se définir, en droit allemand, comme la réalisation de son droit au moyen d'une contrainte matérielle<sup>45</sup>.

**539.** La doctrine relève que le mot *Selbsthilfe*, qui signifie étymologiquement « aide par soi-même »<sup>46</sup>, s'oppose au mot *obligatorische Hilfe* (utilisé au § 229 BGB) ou *Staatshilfe* (« aide de l'autorité publique ou de l'Etat »), donc à la protection judiciaire des droits (*gerichtlicher Rechtsschutz*). La mise en rapport des deux termes permettrait de saisir l'essence même de la justice personnelle. On souligne qu'à l'instar de la justice publique, la justice personnelle aurait pour but la réalisation des droits subjectifs substantiels<sup>47</sup>. D'où l'on constate que même la « justice personnelle » (l'exécution privée) est envisagée sous l'angle des droits subjectifs et de leur réalisation<sup>48</sup>. On mesure ici à nouveau combien la théorie des droits subjectifs imprègne tout le système du droit privé allemand<sup>49</sup>.

Très tôt, Georg Friedrich Puchta, grand représentant de la science des pandectes, avait décrété que l'interdiction de la justice personnelle (*Verbot der Selbsthilfe*) était un principe moderne, issu de l'excès d'étatisme et de tutelle publique, auquel on ne devrait pas donner trop de poids en droit privé<sup>50</sup>. Ses écrits ont

<sup>45</sup> V. Ch. HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 209 (« herkömmliches Verständnis der Selbsthilfe als Rechtsdurchsetzung mittels tatsächlicher Gewalt »).

<sup>46</sup> La terminologie anglaise, qui parle de « self-help », est similaire.

<sup>47</sup> W. B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 23.

<sup>48</sup> C'est un point sur lequel insistent également M. FERID, H. J. SONNENBERGER, *Das französische Zivilrecht*, Bd. 1/1, 2. Aufl., Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1994, I C 179, p. 253, car l'approche française est différente. En droit français, la question est abordée sous l'angle de la responsabilité civile, des faits justificatifs ou excusables qui excluent la faute (v. les notions de légitime défense et d'état de nécessité). Il ne faut pas surestimer toutefois l'opposition entre l'approche française et allemande. D'après l'analyse d'un auteur, c'est également sous l'angle des faits justificatifs (*Rechtfertigungsgründe*) que la « Selbsthilfe » du § 229 BGB est abordée bien souvent par les civilistes allemands : v. W. B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 17. L'auteur considère qu'une telle approche est trop réductrice et propose de ce fait d'analyser la « Selbsthilfe » comme un complément indispensable à la protection étatique des droits, participant par là-même à l'effectivité de cette protection. On notera d'ailleurs que la « Selbsthilfe » n'est pas traitée dans les § 823 et s. BGB (actes illicites), mais dans la partie générale du Code, pour la bonne raison que son application dépasse le seul cadre du droit délictuel (l'institution trouve à s'appliquer également en droit des contrats).

<sup>49</sup> Comme l'a formulé un auteur allemand, pour la doctrine moderne, le droit subjectif constitue la pierre d'angle de l'ensemble du système juridique : « für die moderne Doktrin der Eckpfeiler des ganzen Rechtsbaues » (BEKKER) : cité d'après E. SECKEL, « Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts », in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum fünfzigjährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Richard KOCH*, Berlin, Liebmann, 1903, p. 205.

<sup>50</sup> « Modernes Princip, aus dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen » : G. F. PUCHTA, in A. A. F. RUDORFF (dir.), *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Bd. I, 6. Aufl., 1873, § 80, p. 186 (cité d'après H.-P. HAFERKAMP, in *HKK-BGB*, §§ 226-231, n° 35, note 309). Comme le relate A. VALLIMARESCO, th. préc., p. 160, PUCHTA fut le premier grand romaniste qui s'éleva contre l'idée que le droit romain prohibe la justice privée *comme telle* et en général. Comp. R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, *op. cit.*, Troisième partie – Chap. IV (L'exécution privée), p. 639 : « Le conflit entre ces deux conceptions [exécution publique et exécution privée] n'est pas suffisamment net dans nos esprits à l'heure

fortement inspiré les auteurs du BGB. Les motifs du BGB contiennent en effet les arguments de Puchta<sup>51</sup>. Partant de l'idée qu'il faut laisser aux particuliers toute la liberté compatible avec l'ordre public et avec les intérêts privés, liberté se traduisant dans la création autant que dans l'exécution des droits, les auteurs du BGB ne se sont liés par aucun principe proclamant le monopole de la justice étatique, ce qui leur a permis d'admettre de multiples cas de justice privée (personnelle)<sup>52</sup>. Il faut préciser néanmoins que si la justice étatique n'a pas le monopole de la protection des droits, on s'accorde à dire toutefois qu'elle joue le premier rôle en la matière<sup>53</sup>. C'est dire que la justice personnelle, lorsqu'elle est autorisée, a un caractère « subsidiaire », en ce sens qu'elle pallie les carences de la justice étatique<sup>54</sup>.

**540.** D'ailleurs, les auteurs du BGB ont prévu un certain nombre de garde-fous pour le cas où un particulier procéderait à une « justice personnelle » (*Selbsthilfe*)<sup>55</sup>. Le premier, qui confère un large pouvoir d'appréciation au juge, est posé au § 230 al. 1<sup>er</sup> BGB, en vertu duquel « La justice personnelle ne peut aller au-delà de ce qui est nécessaire pour parer au danger » (principe de proportionnalité). Le deuxième réside dans l'exigence de mesures complémentaires que doit prendre l'auteur de l'acte de justice personnelle pour le légaliser *a posteriori*. Conformément au § 230 al. 2, 3 et 4 BGB, ce dernier a l'obligation de requérir des mesures judiciaires ultérieures<sup>56</sup>. Le troisième et dernier garde-fou est constitué par le § 231 BGB qui décide que l'auteur agira à ses risques et périls<sup>57</sup>. Cette formule n'est pas sans rappeler celle adoptée par

actuelle, car le principe de l'exécution par la force publique, par les officiers publics, a pris depuis longtemps sur nous un empire tyrannique. C'est devenu un adage incontesté qu'on ne peut se faire justice à soi-même ».

<sup>51</sup> V. A. VALLIMARESCO, th. préc., p. 160.

<sup>52</sup> A. VALLIMARESCO, th. préc., p. 185.

<sup>53</sup> V. W. B. SCHÜNEMANN, *op. cit.*, p. 10 : « Kein staatliches Rechtsschutzmonopol, wohl aber ein Vorrang staatlichen Rechtsschutzes ist demnach gerechtfertigt und geboten ».

<sup>54</sup> Comp. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, th. préc., p. 11 et s. L'auteur distingue deux formes de justice privée : « la justice privée primitive » anarchique et la « justice privée moderne » subsidiaire, qui pallie les carences de la justice étatique.

<sup>55</sup> Ces « correctifs » sont exposés en détail par A. VALLIMARESCO, *op. cit.*, p. 209 et s.

<sup>56</sup> § 230 al. 2 : « Au cas où des choses sont enlevées, il faut requérir une saisie réelle dès lors qu'il n'est pas procédé à l'exécution forcée ».

§ 230 al. 3 : « Au cas où l'obligé est appréhendé et pour autant qu'il ne soit pas remis en liberté, il faut requérir l'arrestation de la personne auprès du tribunal cantonal dans le ressort duquel l'arrestation a eu lieu ; l'obligé doit être conduit sans retard devant le tribunal ».

§ 230 al. 4 : « Lorsque la demande de saisie ou d'arrestation est ajournée ou rejetée, la restitution des choses enlevées et la libération de l'appréhendé doivent avoir lieu immédiatement ».

<sup>57</sup> Selon les mots de M. PLANCK : « Wer zur Selbsthilfe schreitet, tut dies auf eigene Gefahr » (cité d'après Ch. HATTENHAUER, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 323-325, n° 37). Le § 231 BGB est énoncé comme suit : « Celui qui accomplit l'un des agissements mentionnés au § 229 dans la croyance erronée que les conditions requises pour en exclure l'illicéité sont réunies, est tenu envers l'autre partie aux dommages-intérêts même si son erreur n'est pas due à sa négligence ».

la jurisprudence française à propos de la résolution unilatérale du contrat<sup>58</sup>. On y reviendra plus loin.

Les § 229 et suivants BGB montrent ainsi très clairement que la « justice personnelle » (*Selbsthilfe*) s'entend d'une exécution privée en droit allemand. C'est elle qui tombe sous le principe d'interdiction de la justice privée, encore que le législateur allemand n'ait pas conféré un caractère absolu à ce principe, admettant certaines exceptions en cas de carence de la justice publique.

### *c) L'exclusion de la catégorie des « droits formateurs » (Gestaltungsrechte)*

**541.** Les fameux « droits formateurs »<sup>59</sup> (*Gestaltungsrechte*) du droit allemand, qui désignent le pouvoir de créer, modifier ou éteindre une situation juridique par un acte unilatéral, ne sont généralement pas appréhendés sous la notion de « justice personnelle » (*Selbsthilfe*). C'est un point important qui n'a pourtant jamais été relevé par les auteurs français qui ont consacré leurs travaux à la question de la justice privée ou plus généralement au droit allemand des obligations<sup>60</sup>.

Notons qu'au moment de l'entrée en vigueur du BGB, cette catégorie de droits ne possédait pas encore de nom. En effet, le concept de « droit formateur » n'apparaît pas dans le BGB. La paternité du nom revient à Emil Seckel. C'est en 1903, soit trois ans après l'entrée en vigueur du BGB, que ce professeur de l'université de Berlin a proposé de dénommer ces droits les « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*). Ce

<sup>58</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998 (Tocqueville), Bull. I, n° 300, *GAJC*, t. 2, n° 180 : « La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ».

<sup>59</sup> C'est ainsi que la plupart des spécialistes français du droit allemand traduisent le mot : v. en particulier C. WITZ, *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992, n° 587, note 21. C'est la traduction retenue par le droit suisse : v. A. VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, 1<sup>er</sup> vol., trad. de l'allemand par M. DE TORRENTÉ et E. THILO, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, Impr. centrale, 1933, § 3, p. 18 et s. ; L. L'HUILLIER, *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, 1947.

<sup>60</sup> Dans sa belle étude sur *La justice privée en droit moderne*, A. VALLIMARESCO consacre de nombreux et riches développements à la justice privée en droit allemand (th. préc., livre II, p. 129-296). Or, les thèmes et les exemples développés concernent, à quelques rares exceptions près, l'exécution privée et non la problématique des « droits formateurs », ce qui démontre, si besoin était, l'acception restrictive de la justice privée en droit allemand. L'auteur ne consacre que deux lignes aux « droits formateurs », sans d'ailleurs les nommer comme tels, à la page 282. Et pour les qualifier de « cas de justice privée », il s'appuie entièrement sur des auteurs français ! De même, dans sa thèse sur *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, préf. R. CASSIN, Paris, Rousseau & Cie, 1940, L.-J. CONSTANTINESCO fait état d'un cas de justice privée, alors que la résolution du contrat (*Rücktritt*) n'est pas qualifiée de telle en droit allemand. Adde E. TOMSON, *Droits constitutifs et jugements constitutifs en droit allemand*, th. dactyl. Paris, 1960, p. 16 (qui voit dans la

faisant, il définissait le « droit formateur » comme un droit privé subjectif qui confère à son titulaire le pouvoir de modifier un rapport juridique par un acte unilatéral<sup>61</sup>. Autrement dit, le « droit formateur » est le droit d'opérer un *effet juridique* par une déclaration unilatérale de volonté<sup>62</sup>. En créant ce terme, l'auteur n'a pas créé une nouvelle catégorie de droits, mais il a simplement donné un nom à une catégorie de droits déjà existants<sup>63</sup>. Ce qui n'a pas empêché qu'on parle à son propos de véritable « découverte juridique »<sup>64</sup>.

**542.** La doctrine allemande dispose ainsi de deux concepts différents pour qualifier une certaine justice unilatérale. On peut néanmoins s'interroger sur les rapports qu'entretiennent les « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) avec la « justice personnelle » (*Selbsthilfe*) du § 229 BGB. A ce titre, il faut reconnaître que certaines voix établissent un parallèle entre l'exercice d'un « droit formateur » et la « justice personnelle » instituée au § 229 BGB. A commencer par Eduard Bötticher qui faisait remarquer en 1963 que le fait, pour le titulaire du « droit formateur », de se passer de l'aide judiciaire faisait apparaître la figure de la « justice personnelle » (*Selbsthilfe*)<sup>65</sup>. Ce trait caractéristique du « droit formateur » explique d'ailleurs la fascination qu'il exerce encore aujourd'hui.

consécration des droits constitutifs [droits formateurs] une exception au principe que nul ne peut se rendre justice à soi-même).

<sup>61</sup> « Das private Gestaltungsrecht ist zu definieren als das subjektive (konkrete) Privatrecht, dessen Inhalt ist die Macht zur Gestaltung konkreter Rechtsbeziehung durch einseitiges Rechtsgeschäft » : E. SECKEL, « Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts », in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum fünfzigjährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Richard KOCH*, Berlin, Liebmann, 1903, p. 210. Sa fameuse communication a fait l'objet d'une réédition spéciale en 1954 (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgemeinschaft). Nos citations se référeront à la première édition de 1903.

<sup>62</sup> E. SECKEL, art. préc., p. 236 : « Das Gestaltungsrecht ist das Recht, durch einseitige Willenserklärung eine rechtliche Wirkung herbeizuführen ».

<sup>63</sup> E. TOMSON, *Droits constitutifs et jugements constitutifs en droit allemand*, th. préc., p. 23. V. également E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. DÖLLE*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 41.

<sup>64</sup> H. DÖLLE, *Juristische Entdeckungen : Festvortrag*, Tübingen, Mohr, 1958 (Aus : *Verhandlungen des 42. Juristentages in Düsseldorf 1957*, Bd. II). En particulier, l'œuvre de SECKEL a apporté une contribution importante à l'édifice de la théorie des droits subjectifs, en y ajoutant une nouvelle catégorie à côté des droits « souverains » (droits réels) (*Herrschaftsrechte*), des droits de créance (*Forderungen*) ou « prétentions » (*Ansprüche*) et des droits de la personnalité (*Persönlichkeitsrechte*).

<sup>65</sup> E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 43. Le rapprochement est encore plus explicite dans sa deuxième contribution relative aux « droits formateurs » : *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 8. November 1963*, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1964, p. 3 (« (...) bekommt die Rechtsausübung geradezu den Charakter einer *Selbsthilfe* (...) »). Rapp. P. SCHLECHTRIEM, M. SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, n° 460 : « In gewisser Weise läßt sich auch die Vorhaltung von Rücktritt und Kündigung als Gestaltungsrechte, die unabhängig von der Anrufung des Gerichts geltend gemacht werden können, im Sinne einer erlaubten *Selbsthilfe* deuten ». V. de manière plus affirmative encore M. BECKER, « Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund », AcP 188 (1988), p. 25 (« reine *Selbsthilfetechnik* »).

Il n'empêche que même les défenseurs d'une définition large de la « justice personnelle » englobant à la fois les cas d'exécution privée (visés par le § 229 BGB) et les « droits formateurs »<sup>66</sup> opèrent toujours une distinction (stricte) entre :

- la justice personnelle dite juridique (*rechtliche* ou *rechtsgeschäftliche Selbsthilfe*) et
- la justice personnelle dite factuelle (*faktische Selbsthilfe*).

Alors que les « droits formateurs » modifient *l'état de droit*, les cas visés par le § 229 BGB modifient *l'état de fait*. Dans le premier cas, l'acte de justice privée réside dans l'*exercice* du droit, tandis que dans le second, l'acte de justice privée consiste dans la *réalisation matérielle* du droit<sup>67</sup>. Pour justifier l'existence et l'essor des « droits formateurs », la doctrine allemande souligne communément que si l'on a permis aux parties de se passer du concours du juge et de faire acte de justice privée, c'est parce que l'effet recherché se limitait justement à une modification de *l'ordonnement juridique*<sup>68</sup>. Pour citer la célèbre phrase de Bötticher : le titulaire du « droit formateur » n'a pas à descendre à l'endroit où les choses s'entrechoquent brutalement<sup>69</sup>. Au vu de cette distinction, les « droits formateurs » ne font pas l'objet du même discrédit que la justice personnelle dite factuelle (*faktische Selbsthilfe*). Personne ne viendrait prétendre que les « droits formateurs », telle la résolution unilatérale, contreviennent à la maxime « nul ne peut se faire justice à soi-même ».

En somme donc, la maxime « nul ne peut se faire justice à soi-même » est entendue plus strictement en droit allemand, dans le sens d'une interdiction de commettre une voie de fait ou une exécution privée. Une telle interprétation rejoint les enseignements du droit romain qui se trouve à l'origine de l'adage. En même temps, le § 229 BGB, qui consacre certains cas (exceptionnels) de « justice

---

<sup>66</sup> V. en particulier H. HELMREICH, *Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht*, op. cit., p. 15 et 37 et s. : « Nun muß nicht notwendigerweise der Begriff der Selbsthilfe auf tatsächliches Gebiet beschränkt werden ». L'auteur considère que rien n'interdit d'élargir la notion de justice personnelle au-delà des actes de justice privée *matériels*. La position de l'auteur s'explique très certainement par l'objet de son étude qui est le droit français.

<sup>67</sup> H. HELMREICH, op. cit., p. 138 (« Selbsthilfe bei der Rechtsausübung und Selbsthilfe bei der Rechtsdurchsetzung »).

<sup>68</sup> La plupart des auteurs s'appuient ici sur E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 43, qui considérait : « (...) daß die Ersetzung der staatlichen Hilfe (...) durch Selbsthilfe sich hier um deswillen anbietet, weil der zu erzielende Effekt sich auf Veränderungen in der Welt des Rechts beschränkt ».

<sup>69</sup> E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 43 : « Der Berechtigte braucht nicht hinabzusteigen in den Raum, in dem sich "hart die Sachen stoßen" ».



personnelle » (exécution privée), montre que la maxime, même limitée aux cas d'exécution privée, n'a pas une autorité absolue en droit allemand. Ces cas de « justice personnelle » (*Selbsthilfe*) ne se confondent pas avec la catégorie des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) qui confèrent à leur titulaire le droit d'opérer unilatéralement et immédiatement un changement dans un rapport juridique. Ensemble, ils traduisent en tout cas la tendance du BGB à « [écarter], autant que possible, les formalités légales ou judiciaires, pour faire des intéressés les régulateurs de leurs intérêts privés et leur remettre, en quelque sorte, et le plus possible, le pouvoir même d'exécution, pour ce qui est de la réalisation des effets de droit qui les concernent »<sup>70</sup>. Ce qui explique que l'on attribue volontiers une origine germanique à la justice privée<sup>71</sup>.

## 2. L'interprétation large de l'adage en droit français

**543.** Contrairement au droit allemand, la notion de justice privée n'apparaît pas dans le Code civil. Peut-être justement parce qu'elle est prohibée<sup>72</sup>. Or, la maxime « nul ne peut se faire justice à soi-même » ne figure pas non plus dans nos lois<sup>73</sup>.

Pour un certain nombre d'auteurs, l'idée de justice privée renvoie essentiellement, sinon exclusivement, aux voies d'exécution privée ou aux voies de fait, donc à l'image d'un litige réglé par la force. Ainsi que le relevait Alexandre Vallimaresco dans sa thèse sur la justice privée en droit moderne, les seuls exégètes du Code civil qui aient envisagé la question de la justice privée ont consacré quelques

---

<sup>70</sup> R. SALEILLES, *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, Paris, Pichon, 1904, p. 45. C'est ce qu'exprime également M. BECKER, « Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund », *AcP* 188 (1988), p. 64 et 68.

<sup>71</sup> V. H. HELMREICH, *op. cit.*, p. 39 et l'affirmation de NEUBECKER, sur laquelle il s'appuie, qui vise spécialement le pouvoir unilatéral de mettre à néant le contrat : « Der Gedanke, der selbstherrlichen, autonomen Umstoßung eines überhaupt umstoßbaren Geschäfts ist germanisch ; das bürokratische Bedürfnis staatlicher Hilfe ist römisch und vom römischen Recht in die romanischen Rechte übergegangen ». Adde A. VALLIMARESCO, *th. préc.*

<sup>72</sup> Encore que R. CASSIN ait montré que le Code civil lui-même a créé, dans des textes nombreux et formels, une brèche importante au principe d'interdiction de la justice privée. A ce titre, il faisait remarquer que la « rétention » d'un objet corporel apparaît déjà, lors même qu'elle est autorisée par des dispositions formelles de la loi, comme un moyen de se faire justice à soi-même, sinon comme un acte de violence privée, comme une « voie de fait » : v. *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. Paris, Paris, Sirey, 1914, p. 332 et s.

<sup>73</sup> V. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999, n° 287, v° Nul n'a droit de faire à soi-même justice, p. 569.

développements à la théorie des voies de fait considérées dans le sens d'actes de justice privée<sup>74</sup>.

Son maître, René Demogue, avait pris le soin de distinguer également l'*exécution privée*, entendue comme le fait de prendre directement les mesures contre le débiteur pour obtenir le paiement d'une dette, de la *justice privée*, qu'il définissait précisément « comme le fait de s'en remettre à de simples particuliers pour trancher les difficultés qui peuvent naître sur l'existence ou l'étendue d'une obligation » et qui constitue « donc parfois un préliminaire de l'exécution étatique ou privée »<sup>75</sup>. Il est intéressant de noter que c'est uniquement au titre de de l'*exécution privée* que Demogue discute de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », rangeant ainsi l'adage sous cette notion. Ainsi, l'auteur invitait à distinguer la justice privée de l'exécution privée, comme on distingue la décision judiciaire des voies d'exécution, et limitait l'adage à la prohibition de la seconde<sup>76</sup>. Cette analyse semble avoir trouvé un écho favorable auprès d'une grande autorité, le doyen Carbonnier, qui a pu écrire que « dès lors qu'il n'exerce ni violence ni voie de fait, chacun doit être encouragé à réaliser son droit (...) »<sup>77</sup>. On est proche ici des préceptes romains qui sont à l'origine de l'adage « nul ne peut... » : comme nous l'avons évoqué plus haut, la prohibition de la justice privée s'entendait d'une interdiction des voies de fait ou des voies d'exécution privée.

Au vu des enseignements du droit romain, il n'est pas étonnant que la doctrine française éprouve quelque embarras à justifier le caractère judiciaire de la résolution (a). En France, l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » est interprété plus largement comme faisant interdiction de « dire le droit pour soi »<sup>78</sup> (b).

---

<sup>74</sup> Les exégètes en question étaient MERLIN, TROPLONG et TOULLIER : v. *La justice privée en droit moderne, op. cit.*, p. 340.

<sup>75</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, op. cit.*, p. 622.

<sup>76</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 585.

<sup>77</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations*, 22<sup>e</sup> éd. refondue, Paris, PUF, 2000, n° 190, p. 346 (qui se réfère à PLANIOL-ESMEIN et à JHERING).

<sup>78</sup> L'expression est empruntée à Th. GENICON, th. préc., n° 544.

*a) L'embaras de la doctrine française pour justifier le caractère judiciaire de la résolution*

544. La doctrine française a parfois du mal à justifier le caractère judiciaire de la résolution alors même qu'aucune voie de fait n'est exercée contre la personne du débiteur ou l'intégrité de ses biens. Comme l'a concédé encore récemment Thomas Genicon : « Aussi surprenant que cela puisse paraître, il n'est pas forcément aisé de cerner exactement les raisons pour lesquelles la résolution est, en France, judiciaire »<sup>79</sup>.

On s'accorde à dire que la résolution judiciaire de l'article 1184 C. civ., institution originale du droit français, résulte de la combinaison des apports de trois sources différentes : le droit romain, le droit canonique et la jurisprudence française<sup>80</sup>.

Dans sa fameuse étude sur l'origine de la résolution des contrats en droit français, qui fait autorité également à l'étranger, Georges Boyer a montré qu'en **droit romain**, l'intervention (préalable) du juge était étroitement liée à la question des restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat, donc à des considérations principalement matérielles. C'était pour éviter toute voie de fait que le juge devait intervenir. Comme l'écrit l'auteur : « Dès l'époque romaine la nécessité d'une action en justice avait été admise dans tous les cas où la résolution d'un contrat permettait au créancier lésé par l'inexécution, de demander restitution des prestations qu'il avait effectuées. Il eut été contraire à l'ordre public de laisser le créancier se faire justice à lui-même en reprenant par voie de fait la valeur fournie »<sup>81</sup>. Pour préciser tout de suite : « Mais cette règle ne s'appliquait qu'à l'hypothèse que nous venons d'indiquer. Aussi lorsque canonistes et romanistes eurent cherché à synthétiser la théorie de la résolution ne mirent-ils pas au premier plan l'exigence d'une action en justice. Toutes les fois où le créancier de l'obligation inexécutée n'avait pas fourni sa prestation ou n'en demandait pas la restitution, comme dans les contrats successifs, il pouvait se délier de son engagement sans introduire une demande en justice »<sup>82</sup>. Il

<sup>79</sup> Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, th. préc., n° 527, 537.

<sup>80</sup> V. R. CASSIN, « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant, Mons 10-11 juin 1938*, Paris, Sirey, 1939, p. 66 et s.

<sup>81</sup> G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 C. Civ.)*, th. Toulouse, Paris, PUF, 1924, p. 400.

<sup>82</sup> *Ibid.*

apparaît donc que l'une des raisons essentielles du caractère judiciaire de la résolution tient ici à la nécessité d'obtenir restitution de la valeur fournie, afin d'éviter toute voie de fait<sup>83</sup>. On est bien là encore dans la logique restrictive de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même ».

Concernant le **droit canonique**, le passage précité de Boyer laisse entendre que sur le plan théorique, celui-ci ne faisait pas de l'intervention du juge une condition (essentielle) de la résolution du contrat. Cette analyse est confirmée par René Cassin qui enseigne qu'« A l'origine, l'idée canonique est que l'efficacité de tout engagement est subordonnée à la condition suspensive tacite, présumée, *si fides servetur [si tu tiens parole]*, dont la réalisation dépend du cocontractant et dont la défaillance autorise le premier promettant à *différer de plein droit*, provisoirement ou définitivement suivant les cas, l'exécution de sa promesse »<sup>84</sup>. Telle est aussi l'analyse faite par la doctrine allemande qui s'appuie ici notamment sur les travaux de Boyer<sup>85</sup>. Ceci étant, Cassin insiste toutefois sur le fait que « dans la pratique, c'est l'official [juge ecclésiastique] qui a qualité, en chaque cas, pour apprécier si le promettant poursuivi est ou non coupable de n'avoir pas exécuté sa promesse et pour édicter contre celui des contractants qui a le premier manqué à la *fides*, des sanctions consistant, en dehors des peines ecclésiastiques, dans le maintien de ses obligations et la perte du bénéfice de la promesse corrélatrice »<sup>86</sup>. Pour l'auteur, il s'agit là de la conséquence logique de ce que la résolution était une peine supposant, pour être infligée, l'intervention d'une autorité répressive<sup>87</sup>. Faisant la synthèse, Thomas Genicon a dû admettre qu'« Il est vraisemblable que la *théorie* canonique n'ait jamais clairement affirmé le principe que la résolution devait être judiciaire, mais qu'en *pratique* il en allait nécessairement ainsi »<sup>88</sup>. D'après lui, cela se comprendrait fort bien, dès lors que la résolution, fortement pénétrée de considérations morales, supposait le plus souvent un jugement de la conduite du débiteur. Ce qui est certain en tout cas, et comme l'a parfaitement montré M. Genicon, c'est que le caractère

<sup>83</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 544.

<sup>84</sup> R. CASSIN, « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », art. préc., p. 67 (nous soulignons).

<sup>85</sup> V. Ch. HATTENHAUER, in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 323-325, n° 18 (« einseitige Lösungsmöglichkeit vom Vertrag »).

<sup>86</sup> R. CASSIN, *ibid.*

<sup>87</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 543, p. 384 (et les références citées). V. également F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 644 : « La résolution des contrats fut ainsi comprise par les canonistes avant tout comme une sanction (...) » ; « (...) pour obtenir cette résolution, le contractant devait s'adresser à la justice, car seul le tribunal pouvait le délier de sa propre obligation ».

<sup>88</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 543, p. 384. L'auteur reconnaît en même temps que d'importantes interrogations demeurent encore aujourd'hui sur le point de savoir s'il était ou non nécessaire de saisir le juge en droit canonique (v. note 41, p. 383).

judiciaire de la résolution n'est pas le fruit de présupposés théoriques ; il s'est imposé en pratique<sup>89</sup>.

C'est la **jurisprudence** qui a joué un rôle décisif en la matière<sup>90</sup>. L'impulsion a été donnée par le juge ecclésiastique. D'abord dictée par le caractère pénal de l'institution, l'intervention judiciaire a toujours eu pour objet de veiller aux intérêts du débiteur<sup>91</sup>. C'est ici que l'on trouve l'origine du délai de grâce. Le juge pouvait en effet, suivant les circonstances, lui accorder un délai d'exécution<sup>92</sup>. Les juridictions laïques, royales ont suivi l'exemple. Comme le note M. Genicon, le caractère judiciaire de la résolution est le résultat d'une volonté délibérée des juges de s'immiscer dans le sort du contrat, pour faire intervenir, comme le font les juges ecclésiastiques, des considérations d'équité – entre autres<sup>93</sup>. Saisis par des créanciers qui avaient besoin de s'adresser aux tribunaux pour obtenir ce qu'ils ne pouvaient s'octroyer eux-mêmes (restitutions...), les juges se sont emparés de l'institution pour la faire tourner à leur avantage<sup>94</sup>. Souhaitant garder un œil sur le sort du contrat, en faisant pénétrer dans le débat des intérêts et considérations extérieures au contenu du contrat, le juge a imposé en conséquence qu'on lui demande toujours l'autorisation de se défaire du contrat<sup>95</sup>. Autrement dit, « *c'est parce qu'il s'est reconnu des pouvoirs très étendus que le juge a exigé que la résolution lui soit toujours demandée, afin précisément de pouvoir les exercer utilement* »<sup>96</sup>. C'est dire combien le pouvoir détenu par le juge de prononcer la résolution est inséparablement lié au pouvoir d'apprécier l'opportunité de la mesure. Curieusement, alors que l'étendue du pouvoir des juges a été maintes fois contestée, le principe même de l'intervention du juge pour prononcer la résolution n'a jamais plus été discuté<sup>97</sup>. Comme l'observe M. Genicon, la doctrine a laissé faire, sans autre forme de procès<sup>98</sup>. Les rédacteurs du

---

<sup>89</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 544.

<sup>90</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 545.

<sup>91</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 543, p. 385.

<sup>92</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 644.

<sup>93</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 543, p. 384.

<sup>94</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 544.

<sup>95</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 545.

<sup>96</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 548. V. en ce sens déjà J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) », in L. VACCA (dir.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo, op. cit.*, p. 116 : « Le juge dispose ainsi de larges pouvoirs d'appréciation ce qui justifie que son intervention soit normalement préalable à la résolution ». V. récemment encore R. CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats, op. cit.*, n° 256, p. 174 : « Le rôle traditionnellement accordé au juge pour prononcer la résolution du contrat en cas d'inexécution trouve son fondement dans le pouvoir d'appréciation qui lui est reconnu pour déterminer la sanction la plus adéquate ».

<sup>97</sup> Pour un tel constat, v. Th. GENICON, th. préc., n° 543, p. 385.

<sup>98</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 546.

Code civil n'ont fait qu'entériner cette pratique, en la figeant et en lui conférant une certaine rigidité<sup>99</sup>.

Comme l'a formulé René Cassin, « Dans l'esprit des auteurs du Code, l'obligation pour la partie qui invoque la résolution pour inexécution des engagements de l'autre [de saisir le juge], est expliquée, *même lorsqu'il n'y a pas demande de restitution d'une prestation déjà effectuée*, par l'idée générale que "Nul ne peut se faire justice à soi-même" (...) »<sup>100</sup>. C'est bien à travers une certaine interprétation (extensive) de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » associée à la volonté des juges de s'immiscer dans le sort du contrat que le juge s'est accordé un rôle de premier ordre en matière de résolution du contrat<sup>101</sup>.

***b) Au-delà de l'interdiction des voies d'exécution privée, l'interdiction de « dire le droit pour soi »***

**545.** Cette interprétation extensive de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » transparaît clairement dans les écrits doctrinaux et dans la jurisprudence (i). Elle est riche d'enseignements, en particulier sur la conception de la place du juge dans le système juridique français (ii).

***(i) Le discours de la doctrine et de la jurisprudence***

**546.** Pour la **doctrine** française, guidée en cela par René Cassin, l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » se ramène à deux propositions :

en premier lieu, une personne, titulaire d'un droit auquel on ne donne pas volontairement satisfaction ne saurait le ramener à exécution de sa propre autorité. Ce droit fût-il certain, incontesté dans son principe et son *quantum*, elle doit requérir et attendre l'intervention des officiers publics institués par l'Etat souverain ;

---

<sup>99</sup> Comme le note Th. GENICON, th. préc., n° 546, dans l'Ancien droit, le caractère judiciaire de la résolution était loin d'être un principe juridique d'une aussi grande fermeté qu'il semble l'être aujourd'hui. Ce fut l'effet du Code civil que de cristalliser pour longtemps une solution qui n'avait peut-être pas auparavant une telle rigidité.

<sup>100</sup> R. CASSIN, art. préc., p. 77 (nous soulignons). Pour une critique, v. G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, IECL, vol. VIII, part 2, chap. 16, n° 148, p. 115 : « It could, indeed, be said that CC art. 1184 extends the principle that "nul ne peut faire justice à soi-même" beyond all reasonable bounds for it applies the maxim to cases in which the acts of the creditor do not physically affect the defaulting party or any property in his possession ».

en deuxième lieu, on ne peut être juge dans sa propre cause<sup>102</sup>. Etre à la fois juge et partie signifie se rendre justice, en définissant son droit, et se faire justice, en l'imposant<sup>103</sup>. Il est certain que lorsque le créancier met en œuvre unilatéralement un remède à l'inexécution du contrat, comme la résolution, il a non seulement le pouvoir de prendre une décision qui modifiera sa situation juridique et celle de son cocontractant, mais aussi le droit de l'imposer à son partenaire qui devra accepter cette prérogative *a priori*, sans pouvoir la contester auprès d'un juge si ce n'est *a posteriori*<sup>104</sup>. La décision du créancier (l'acte unilatéral) se substitue à la décision judiciaire.

Ainsi, pour parler avec la terminologie proposée par René Demogue (v. supra), selon la doctrine française, l'adage interdit non seulement l'exécution privée mais également la justice privée, c'est-à-dire le fait de juger soi-même de l'existence et/ou de l'étendue d'une obligation. Appliqué à la résolution du contrat, cela revient à considérer que l'interdiction de se faire justice à soi-même n'a pas vocation à intervenir seulement en aval, à l'égard des mesures d'exécution, mais déjà en amont, sur le principe même de la destruction du contrat<sup>105</sup>. En d'autres termes, même s'il s'agit d'un acte purement juridique, la décision de détruire de sa propre initiative le contrat doit tomber sous le coup de l'adage<sup>106</sup>. Récemment encore, Thomas Genicon a défendu cette interprétation au motif qu'il existait une réelle unité entre l'interdiction de dire le droit pour soi et la prohibition d'exécuter ensuite sa propre décision car modifier l'ordonnement juridique, ce serait déjà dans une certaine mesure anticiper sur l'exécution<sup>107</sup>.

---

<sup>101</sup> Sur l'effet combiné de ces deux facteurs, v. Th. GENICON, th. préc., n° 547.

<sup>102</sup> V. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. préc., p. 331. Adde H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, op. cit., v° Nul n'a droit de faire à soi-même justice, p. 569 : « L'adage signifie que la reconnaissance ou la mise à exécution d'un droit passe aujourd'hui nécessairement par la justice de l'Etat ».

<sup>103</sup> V. J. BÉGUIN, « Rapport sur l'adage "nul ne peut se faire justice à soi-même" en droit français », art. préc., p. 45.

<sup>104</sup> C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, th. préc., n° 15.

<sup>105</sup> V. en ce sens Th. GENICON, th. préc., n° 544.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 585.

**547.** La **jurisprudence** reflète bien cette acception large de la justice privée. Conformément à la première proposition, celle-ci qualifie d'actes de justice privée le fait, pour une salariée, de faire intervenir son mari sur son lieu de travail pour régler le différend qui l'opposait à son supérieur hiérarchique<sup>108</sup>, le fait d'implanter une clôture<sup>109</sup> ou de couper les ronces en provenance du fonds voisin<sup>110</sup> ou encore le fait de commettre une voie de fait. A ce titre, une cour d'appel a jugé que l'acte de justice privée s'analysait en une variété du trouble manifestement illicite visé par l'article 809 CPC<sup>111</sup> (procédure en référé) et se trouvait constitué par les agissements d'une partie qui s'assure au moyen d'une voie de fait, et de sa propre autorité, le bénéfice d'un droit dont elle se prétend, à tort ou à raison, titulaire<sup>112</sup>. En l'espèce, une clinique, estimant que les conventions qui la liaient à des médecins étaient entachées de nullité ou de caducité, avait mis un obstacle volontaire à l'exercice par les médecins de l'activité « échographie », en procédant notamment à une coupure de courant et de téléphone. Mais la jurisprudence ne s'en tient pas là. Conformément à la deuxième proposition, elle considère également que lorsqu'une partie engage une action judiciaire en contestation de la validité de son engagement, et tant que le juge n'a pas statué sur sa demande, elle ne peut suspendre de son propre fait l'exécution de ses obligations<sup>113</sup>. Une telle attitude est considérée elle aussi comme une entorse à l'adage « nul ne peut... ». Par ailleurs, elle qualifie régulièrement d'acte de justice privée le fait, pour le créancier, de mettre en œuvre une clause résolutoire<sup>114</sup>. Ainsi qualifiée, la clause résolutoire fait l'objet du même discrédit que l'exécution privée ou la voie de fait. La jurisprudence elle-même ne cache pas sa méfiance vis-à-vis de ces clauses. Ainsi, selon une cour d'appel, « il est constant que le créancier, lorsqu'il invoque le bénéfice d'une clause résolutoire, laquelle constitue un *acte de justice*

---

<sup>108</sup> V. Aix en Provence, 3 septembre 2008, Juris-Data n° 2008-008126 (le mari avait agressé physiquement le supérieur hiérarchique de la salariée).

<sup>109</sup> V. Toulouse, ch. 1, sect. 1, 21 mai 2007, n° 06/05054.

<sup>110</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 19 mai 2004, Juris-Data n° 2004-023728 (on sait que l'art. 673 al. 2 C. civ., qui autorise le propriétaire à couper lui-même les racines, ronces ou brindilles qui avancent sur son héritage, est perçu comme une dérogation à l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même »). Comp. le § 910 BGB. Déjà reconnu en droit romain, ce cas de justice privée met en lumière un des avantages de la justice privée : obtenir l'exécution en nature, avantage précieux au temps de la procédure formulaire où toute condamnation portait sur une somme d'argent : v. A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, op. cit., p. 106.

<sup>111</sup> Art. 809 al. 1 CPP : « Le président [du TGI] peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

<sup>112</sup> Aix en Provence, 17 octobre 1996, Juris-Data n° 1996-055170.

<sup>113</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 2004, Juris-Data n° 2004-024131.

<sup>114</sup> V. Paris, 19 juin 1990, D. 1991, p. 515 ; Agen, ch. civ., 9 février 2009, n° 07/01599.



*privée dépourvu des garanties normalement attachées aux sanctions judiciaires, doit pour cette raison être de bonne foi* »<sup>115</sup>.

**548.** L'acception large de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » et corrélativement de la notion de justice privée résulte d'un choix délibéré.

Selon un auteur allemand, la tendance française à interpréter largement la maxime, venant légitimer une intervention poussée des tribunaux dans les affaires privées, serait déjà perceptible dans les Etablissements de Saint Louis<sup>116</sup>. En effet, ce code entendait interdire non pas une réalisation forcée de son droit accompagnée de violences le cas échéant, mais bien plus un bornage consensuel entre les héritiers sans le concours de la justice<sup>117</sup>.

On notera qu'en dépit de certaines études qui ont parfaitement mis en évidence la différence qui existe entre le fait, pour un particulier, de faire valoir son droit par lui-même, notamment par un acte unilatéral, ayant pour conséquence de modifier l'ordre juridique préalablement à tout contrôle du juge, et la faculté pour le particulier de réaliser matériellement et par lui-même ce qu'il considère être son droit<sup>118</sup>, la doctrine française continue d'appréhender les deux hypothèses sous le label de justice privée<sup>119</sup>. Elle brandit régulièrement l'adage « nul ne peut... » pour s'opposer à la reconnaissance de la compétence des parties contractantes pour prononcer une

<sup>115</sup> Agen, ch. civ., 9 février 2009, n° 07/01599.

<sup>116</sup> V. Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>117</sup> L'auteur considère que les Etablissements de Saint Louis vont au-delà du principe d'interdiction de la justice privée, tel qu'il découle du décret de Marc-Aurèle et sur lequel ils se fondent.

<sup>118</sup> V. en particulier R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, th. Paris X - Nanterre, préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 1996, n° 451 et s., spéc. n° 453 et 454 ; A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, *op. cit.*, p. 14, note 8, et p. 43. La distinction est relevée également par C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, th. préc., n° 32 et 33, qui s'appuie en cela sur le droit allemand.

<sup>119</sup> Les auteurs précités n'invitaient d'ailleurs pas la doctrine à modifier son acception de la justice privée : dans sa thèse, R. ENCINAS DE MUNAGORRI, tout en constatant que l'adage « nul ne peut... » et la notion de justice privée n'opèrent pas de distinction tranchée entre la question de la reconnaissance d'un droit dans l'ordre juridique et sa réalisation effective ou son exécution d'office (v. *op. cit.*, p. 365 et 367), et que certaines voix invitent à distinguer entre la reconnaissance d'un droit (qui ne serait pas un acte de justice privée) et son exécution, ne prend toutefois pas partie sur cette question, préférant s'intéresser ensuite à la notion de justice unilatérale plutôt qu'à celle de justice privée (v. n° 455). Pour sa part, C. POPINEAU-DEHAULLON adopte un concept large de justice privée englobant les mécanismes permettant au créancier de remédier seul à l'inexécution de son débiteur, sans l'intervention préalable d'un juge, comme en témoigne l'intitulé de son ouvrage (elle reconnaît d'ailleurs que le domaine des remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat est plus large que la simple « exécution privée » au sens de R. DEMOGUE, v. sa thèse préc., n° 23). Elle suit en cela A. VALLIMARESCO qui avait adopté lui aussi une acception large de la justice privée et qui n'avait pas manqué de souligner que « cette définition comprend donc aussi bien le fait de procéder à la réalisation de son droit sans faire confirmer la prétention par le juge, que celui de procéder à l'exécution forcée (exécution privée proprement dite) » (v. th. préc., p. 14, note 8).

sanction<sup>120</sup>. Rares sont les auteurs qui considèrent que la fameuse maxime est hors de propos dans ce cas<sup>121</sup>.

## (ii) Les enseignements de ce discours

**549.** L'interprétation large de ce principe d'interdiction de la justice privée révèle l'attachement du droit français à une conception étatique de la justice<sup>122</sup>. On considère en France qu'« à défaut d'accord amiable des parties sur la solution de leur désaccord, le litige ne peut (...) être réglé que par le droit, au regard du droit objectif, des règles juridiques qui organisent la vie en société. L'instrument de cette solution est *le juge* »<sup>123</sup>. En tant qu'il est chargé d'assurer l'effectivité de la règle de droit, le juge est perçu comme le détenteur « naturel » du pouvoir de sanction<sup>124</sup>. C'est lui qui concrétise les règles de droit et rend effectifs les droits subjectifs. D'où l'idée que c'est *l'action en justice* qui assure la protection des droits subjectifs<sup>125</sup>. L'intervention d'un tiers impartial et désintéressé, en même temps qu'elle fonde l'idée de justice en tant qu'institution, constitue pour une majorité d'auteurs le critère même du juridique<sup>126</sup>. Si bien que tout ce qui se fait en dehors du juge, tout mécanisme de justice privée, est renvoyé dans le domaine du non-droit<sup>127</sup>. C'est ainsi que l'on enseigne que « cette justice privée, qui n'est pas une justice, est contraire à l'Etat de

<sup>120</sup> C'est le constat effectué également par M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. préc., n° 21.

<sup>121</sup> V. en ce sens Y.-M. LAITHIER, th. préc., p. 257, note 227, qui considère que l'adage ne saurait venir faire obstacle à l'admission de la résolution unilatérale en droit français ; l'adage étant hors de propos selon lui puisqu'aucune voie de fait n'est exercée en ce cas. La récente étude de M. JAOUEN (*La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé, op. cit.*) s'attache également à préciser le sens de l'adage « nul ne peut... » et à le délimiter (th. préc., n° 23 et s.). Selon cette étude, l'adage ne stigmatise en réalité que deux institutions : la première est la vengeance privée qui n'est que violence pure et simple ; la seconde est la justice privée totalement détachée de la justice étatique (v. n° 73). L'auteur en conclut que l'adage devrait être écarté du débat sur la justice privée (unilatérale et négociée).

<sup>122</sup> Insistent sur ce point également : M. JAOUEN, th. préc., n° 21 ; Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung, op. cit.*, p. 208 (« [eine] traditionell aus einem obrigkeitlich geprägten Rechtsverständnis heraus erweiterte Sicht der Selbsthilfe (...) ») ; H. BEALE, « L'intervention du juge dans l'exécution des contrats de distribution en Angleterre », in *Le contrat-cadre de distribution : Enjeux et perspectives. Regards sur le contrat de distribution dans l'Union européenne, colloque organisé les 11 et 12 décembre 1996*, JCP E 1997, suppl. 3/4, consultable sur <http://www.creda.ccip.fr> : « Les règles du droit français des contrats – par exemple, le principe de la bonne foi, le caractère judiciaire de la résolution d'un contrat et le délai de grâce – paraissent être les symptômes d'une conception française qui veut que le comportement des parties et l'exécution des contrats concernent l'Etat beaucoup plus qu'en droit anglais ». Ce dernier estime que si l'on veut créer une vraie culture européenne, on ne doit pas cacher ces différences importantes.

<sup>123</sup> L. CADIET, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, v° Procédure, p. 1217.

<sup>124</sup> M. JAOUEN, th. préc., n° 51.

<sup>125</sup> J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994, n° 191, p. 143 (cité d'après M. JAOUEN, th. préc., p. 54, note 2).

<sup>126</sup> Comp. D. COHEN, « Justice publique et justice privée », *Arch. phil. droit* 41 (1997), p. 150.

<sup>127</sup> V. sur cet aspect également M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. préc., p. 4.

droit qui doit présider à l'organisation des sociétés civilisées (d'où la suspicion dans laquelle le droit tient les clauses contractuelles qui, comme la clause pénale ou la clause résolutoire, paraissent incarner une justice purement unilatérale) »<sup>128</sup>.

Comme l'a parfaitement perçu et analysé un auteur, à travers la sollicitation de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même » s'opère en même temps et subrepticement un glissement de la nécessité de placer la figure du tiers impartial et désintéressé au cœur de la justice vers l'idée d'un monopole du juge étatique pour trancher l'ensemble des conflits<sup>129</sup>. Par suite, chaque prérogative de sanction reconnue aux parties est analysée potentiellement comme un empiètement « sur la fonction judiciaire de l'Etat »<sup>130</sup>. L'accent est ainsi mis sur le caractère dérogoire au principe d'une sanction judiciaire<sup>131</sup>. Aussi considère-t-on communément qu'il faut « de solides raisons pour écarter l'adage “Nul ne peut se faire justice” »<sup>132</sup>. C'est exactement le raisonnement inverse qui a cours en droit allemand. Comme l'explique un auteur allemand, suite à Savigny, les pandectistes ont conçu le contrat comme un rapport de droit que les parties peuvent façonner librement et de façon souveraine, excluant toute participation du juge. Au vu du pouvoir qui était ainsi reconnu aux parties, c'est l'intervention du juge qui nécessitait alors une justification particulière, ce qui a permis aux « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) de se détacher progressivement du procès<sup>133</sup>.

**550.** En même temps qu'elle traduit l'attachement du droit français à une conception étatique de la justice, l'acception large du principe d'interdiction de la justice privée révèle une certaine méfiance vis-à-vis de l'individu. En témoignent ces

<sup>128</sup> L. CADIET, in D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., v° Procédure, p. 1217.

<sup>129</sup> M. JAOUEN, th. préc., n° 41.

<sup>130</sup> *Ibid.*, n° 10. V. à ce titre J. BÉGUIN, « Rapport sur l'adage “nul ne peut se faire justice à soi-même” en droit français », art. préc., p. 44 : « Dangereuse pour la paix sociale, la justice privée apparaît, d'autre part, comme une atteinte directe au pouvoir (ou au monopole) des tribunaux ». Adde L. AYNÈS, « La contrainte en droit des contrats », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Paris, Economica, 2007, p. 43 : « De même, les clauses pénales, les clauses d'astreinte, les clauses résolutoires ou même les clauses d'indivisibilité n'ont-elles d'autre objet principal que la pression sur le promettant. Elles ne procèdent pas de la logique de l'échange (...) mais de celle de la force, empiétant, d'une certaine manière, sur le domaine de l'Etat ou du moins, sur celui du juge » ; J. DEPPEZ, « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », art. préc., p. 60 (à propos de la clause pénale) : « Elle écarte l'intervention du juge dans l'appréciation des dommages-intérêts et tend à empiéter sur la fonction judiciaire de l'Etat ».

<sup>131</sup> M. JAOUEN, *ibid.*

<sup>132</sup> J. BÉGUIN, art. préc., p. 47, lequel ajoute : « Il ne suffit pas que l'ordre public le permette. Il ne suffit pas que le monopole judiciaire de l'Etat le tolère. Il ne suffit pas que les risques d'injustice aient pu être minimisés. Il faut encore que la justice privée s'impose par ses mérites propres ».

<sup>133</sup> Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, op. cit., p. 93 : « Angesichts der Herrschaft der Parteien über ihre Rechtsverhältnisse bedurfte die richterliche Beteiligung besonderer Rechtfertigung – ein wichtiger Beweggrund für die Lösung der einseitigen Rechtsgestaltung aus dem Prozess ».

quelques lignes, qui font l'objet d'une vaste approbation : « l'acte de justice privée risque d'abord d'être égoïste, brutal, inhumain. Il risque surtout d'être abusif. Le droit doit être réaliste. L'homme n'est pas un ange »<sup>134</sup>. L'héritage de Montesquieu est perceptible là aussi : ce dernier n'avait-il pas mis en garde contre l'abus de pouvoir ? Selon ses mots : « (...) c'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites »<sup>135</sup>. Aussi la doctrine s'accorde-t-elle à dire que la résolution unilatérale du contrat contient en germe un risque d'arbitraire irréductible.

Or, ce n'est pas tant cette crainte vis-à-vis de l'abus du pouvoir unilatéral que la conséquence qui en est tirée – le refus de tout pouvoir unilatéral (de sanction) – qui est caractéristique du droit français. En effet, ce potentiel d'abus inhérent à tout pouvoir unilatéral est perçu également par les autres systèmes européens qui font une plus large place à l'unilatéralisme dans le contrat<sup>136</sup>. Face à ce risque, les réactions diffèrent cependant de celle adoptée traditionnellement en droit français : au lieu de priver purement et simplement les parties de certaines prérogatives unilatérales pour écarter tout risque d'arbitraire, les prérogatives qui leur sont reconnues se voient encadrées, un éventuel abus légitimant l'intervention du juge *a posteriori*. Concernant le pouvoir unilatéral de sanction (de l'inexécution), la solution sévère adoptée par le droit français s'explique également par une certaine conception de la force obligatoire du contrat, qui est symptomatique elle aussi de cette méfiance à l'égard de l'individu.

## **B. LE PRINCIPE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT**

**551.** Conforme à une certaine interprétation de l'adage « nul ne peut se faire justice à soi-même », l'intervention préalable du juge français dans le jeu de la résolution découle également d'une conception rigide de la force obligatoire du contrat (1), dont il convient de mettre en lumière les présupposés philosophiques (2).

---

<sup>134</sup> J. BÉGUIN, art. préc., p. 45.

<sup>135</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. IV. Le passage ne manque pas d'être cité par Th. GENICON, préc., n° 613, afin d'étayer la thèse de l'arbitraire du pouvoir unilatéral. On sait aussi, depuis MONTESQUIEU, que le prince ne doit pas juger lui-même les affaires, sous peine d'être juge et partie, ce qui est le cas du despotisme : v. *op. cit.*, Livre VI, chap. V.

<sup>136</sup> Il n'y a qu'à penser aux dispositions européennes autorisant l'une des parties contractantes à déterminer (seule) le prix ou tout autre élément du contrat (v. les art. 6.105 PDEC et II. – 9.105 PCCR). Le pouvoir de révision conféré au juge en cas d'évaluation déraisonnable est justifié précisément par la nécessité de protéger le débiteur contre la *fixation abusive* du prix par le créancier (v. *Principes du droit européen du contrat, version française, op. cit.*, commentaire sous l'art. 6.105, p. 270). C'est dire que le potentiel d'abus que recèle la prérogative unilatérale en question a très bien été perçu par les auteurs des projets européens.

### 1. La conception morale de la résolution pour inexécution

552. Comme le formule M. Genicon, c'est [aussi] une certaine conception de la force obligatoire du contrat, imprégnée d'un fort moralisme postulant le respect des engagements pris, qui justifie l'obligation de s'adresser préalablement au juge<sup>137</sup>. Ainsi que l'a montré Christophe Jamin, c'est pour faire en sorte que le contrat soit exécuté par le débiteur, même s'il n'a pas été en mesure d'y parvenir dans le délai qui lui avait été imparti, et par le créancier, qui ne doit pas se saisir d'un prétexte d'une inexécution pour s'affranchir de ses propres obligations, que le codificateur français a conféré un caractère judiciaire à la résolution du contrat<sup>138</sup>. C'est le respect de la force obligatoire qui l'emporte chez les codificateurs sur toute autre considération<sup>139</sup>. Ainsi, « En posant que “la résolution doit être demandée en justice”, l'article 1184 du Code civil participe de la même philosophie du contrat que celle qui sous-tend l'article 1134 du Code civil », c'est-à-dire la nécessité du respect de la parole donnée<sup>140</sup>.

Force est de reconnaître à ce titre que l'un des avantages de la résolution judiciaire est de laisser un certain laps de temps au débiteur pour qu'il se donne les moyens d'exécuter son engagement, afin de permettre au juge de retenir, au jour où il statue, que le manquement n'est plus d'une gravité suffisante pour l'autoriser à prononcer la résolution<sup>141</sup>. Un laps de temps auquel peut s'ajouter, on l'a vu, un délai de grâce. Du côté du créancier cette fois, il est certain que la perspective de devoir

<sup>137</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 539.

<sup>138</sup> J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 429.

<sup>139</sup> Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? – Rapport français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé, op. cit.*, p. 451.

<sup>140</sup> Y. LEQUETTE, « La résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *Revue de Droit des Affaires de l'Université Panthéon-Assas*, n° 1, juin 2003, p. 150. Ce raisonnement, encore majoritaire, est fortement critiqué par Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 180-184. Selon l'auteur, le caractère judiciaire de la résolution en droit français n'est pas dicté par la force obligatoire du contrat (dont il adopte d'ailleurs une autre conception, qui s'écarte de la conception moraliste majoritaire, qui fait découler du principe de la force obligatoire du contrat la primauté de l'exécution en nature). Pour LAITHIER, la résolution judiciaire ne doit rien au précepte solennel de l'article 1134 C. civ. ; elle découle simplement du contenu de l'article 1184 C. civ., seul obstacle juridique possible à l'admission de la résolution unilatérale des contrats en droit français (n° 184, p. 264 et s.).

<sup>141</sup> Ch. JAMIN, « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », note sous Nancy, 2<sup>e</sup> ch. com., 20 novembre 2000, JCP 2002, II, 10113.

intenter une action en justice pour se voir délié de ses propres engagements joue en elle-même un effet dissuasif.

La doctrine majoritaire enseigne communément que le principe de la force obligatoire du contrat s'impose à la fois aux parties et au juge<sup>142</sup>. A l'égard du juge on l'a vu, la force obligatoire s'identifie à l'irrévocabilité judiciaire du contrat. S'agissant des parties, il ressort des termes de l'article 1134 al. 2 C. civ. que les conventions ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. Partant, les deux ennemis jurés de la force obligatoire du contrat sont tout désignés : la loi contractuelle ne saurait être remise en cause ni par le juge, ni par la volonté unilatérale d'une partie<sup>143</sup>. Reste que pour satisfaire cette idée d'équité qui sous-tend le mécanisme de résolution du contrat, il a bien fallu se résoudre à conférer au juge, tiers impartial, le pouvoir de délier les parties en cas d'inexécution. Ce faisant, on n'a fait que mettre à l'écart une subjectivité [celle du créancier], jugée suspecte, pour la remplacer par une autre [celle du juge], même si elle est présumée plus fiable<sup>144</sup>.

## 2. Les présupposés philosophiques

**553.** La philosophie qui sous-tend l'article 1134 du Code civil, Xavier Martin l'a parfaitement mise en lumière. Ses travaux ont montré que les auteurs du Code civil avaient une vision pessimiste de la nature humaine, au point de voir en l'homme un être avide, émotif, inconstant, capable de penchants irrationnels contre lesquels la collectivité devait se protéger<sup>145</sup>. C'est pourquoi la référence à l'individualisme faite lors de l'élaboration du Code ne doit pas tromper : « cet "individualisme" n'est pas, comme on l'a souvent dit, la manifestation d'une confiance de principe dans la nature

<sup>142</sup> V. parmi d'autres F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 465 et s. ; L. AYNÈS, « Le contrat, loi des parties », *Cah. Cons. constit.* n° 17/2004, p. 79 et s.

<sup>143</sup> M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. préc., n° 9.

<sup>144</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 547. V. dans le même sens et de façon critique, C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », in *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan KROPHOLLER zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 7 et s. : « Eine solche "Vertragshilfe" [Art. 1184 C. civ.] stellt aber ebenfalls nichts anderes als Fremdbestimmung dar und daher ersetzt diese Lösung insoweit lediglich ein Übel durch ein anderes ».

<sup>145</sup> X. MARTIN, « Anthropologie et Code Napoléon », *Bulletin de la société française d'histoire des idées et d'histoire religieuse*, 1984, p. 44 et s. ; le même, « Nature humaine et Code Napoléon », *Droits* 1985, p. 117 (articles cités d'après Y.-M. LAITHIER, th. préc., p. 263). Notons que certains auteurs se félicitent encore aujourd'hui du « réalisme de la conception qui guidait les rédacteurs du Code civil et qui explique probablement la pérennité de leur œuvre » : v. Y. LEQUETTE, « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de Droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Paris, Economica, 2008, p. 256.

humaine, dans la liberté de l'homme, dans sa dimension spirituelle et dans sa volonté »<sup>146</sup>. En matière contractuelle, l'article 1134 C. civ. traduit moins l'exaltation de la liberté individuelle que l'assujettissement d'êtres égoïstes et impulsifs au respect de leurs engagements légaux<sup>147</sup>.

**554.** Cette analyse est partagée par une doctrine allemande autorisée. Celle-ci considère en effet que l'autonomie de la volonté (étymologiquement : droit de se régir par ses propres lois<sup>148</sup>) n'est pas issue du Code civil dont la philosophie n'était nullement libérale<sup>149</sup>. Pour les Allemands, il ne fait aucun doute que l'autonomie de la volonté, qui trouve son expression la plus pure en droit des contrats, est une notion issue de la philosophie de Kant<sup>150</sup>, laquelle aurait entraîné un changement de paradigme en droit privé<sup>151</sup>. La thèse de l'autonomie de la volonté défendue par le philosophe allemand et par l'école historique allemande, en particulier par Savigny, est présentée comme l'antithèse des idées de Rousseau et de la philosophie du XVIIIe siècle<sup>152</sup>. Le concept d'autonomie de la volonté marque en effet l'abandon de la thèse de l'égoïsme des individus défendue encore par Rousseau au profit d'une conception individualiste du droit<sup>153</sup>. Ainsi que l'a relevé Alfons Bürge, la difficulté de relier

<sup>146</sup> X. MARTIN, « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », *Rev. hist. fac. droit* 1987, p. 87 (cité d'après Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 184, p. 263).

<sup>147</sup> Y.-M. LAITHIER, *ibid.* (avec d'autres références). V. en ce sens également : Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 73 : « Nous savons que c'est dans le but de forcer les individus à tenir leur parole de manière scrupuleuse qu'ils [les codificateurs] ont retenu la formule de l'article 1134 » (qui s'appuie sur l'analyse de X. MARTIN). V., du même auteur, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.* 2002, p. 901 et s.

<sup>148</sup> V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 21 : « Autonomie est un dérivé d'"autonome", lequel vient du grec *autonomos* – du préfixe *auto* et du substantif *nomos*, ce dernier correspondant en latin à *lex*, en français "loi" – le droit de se régir de ses propres lois ».

<sup>149</sup> V. A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000, p. 1 et s. V. du même auteur : *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Habil., F.a.M., Klostermann, 1991, p. 64 et s., spéc. p. 89 : « Der Gedanke der Privatautonomie und die durch ihn bewirkte subjektivistische und individualistische Konzeption (...) des Vertrags, (...) sind nicht das Erbe der französischen Revolution (...) ».

<sup>150</sup> V. en particulier A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, op. cit.*, p. 64 et s. Emmanuel KANT utilise le terme « Autonomie des Willens » dans ses ouvrages *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785) et *Kritik der praktischen Vernunft* (1788) : v. les références citées par BÜRGE, *ibid.*, p. 77, note 408 et 409.

<sup>151</sup> A. BÜRGE, *ibid.*, p. 89.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 70 et s. On notera que les auteurs français ne distinguent généralement pas entre la philosophie des Lumières, donc celle des auteurs du XVIIIe siècle, et la théorie de l'autonomie de la volonté, devenue dominante à la fin du XIXe siècle, qu'ils analysent conjointement sous l'intitulé « la philosophie individualiste » : v. notamment F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 21 ; E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, Paris, Arthur Rousseau, 1912, p. 61 et s.

<sup>153</sup> A. BÜRGE, *ibid.*, p. 70 et s. F.-C. VON SAVIGNY, réputé pour avoir traduit dans le domaine du juridique la philosophie de KANT, insiste sur ce point dans son ouvrage *System des heutigen Römischen Rechts*, t. I (1840) ; trad. en français par Ch. GUENOUX : *Traité de droit romain*, t. I, Paris, Firmin Didot Frères, 1840, p. 327 (l'ouvrage est en accès libre sur Google Books). L'auteur en appelle à la règle de droit qui « assigne à chaque individu un domaine où sa volonté règne indépendamment de toute volonté étrangère ». Ce faisant, il s'écarte du

l'autonomie de la volonté à l'élaboration du Code civil subsiste, car on connaît l'hostilité d'un rédacteur comme Portalis à ces idées, qu'il qualifiait d'abus d'esprit philosophique<sup>154</sup>.

Pour le codificateur français, « le mot-clé (...) n'était pas l'autonomie mais la loi, qui s'enchaînait avec des notions comme l'obéissance, la vertu ou le devoir et s'opposait à des idées caractérisées par l'anarchie, l'abus (...) »<sup>155</sup>. Il faut se replacer dans le contexte historique d'alors : comme l'a montré M. Martin, dans les années 1794 à 1799, l'entité française paraît descellée, la crise des liens sociaux paraît globale<sup>156</sup>. La dégradation révolutionnaire du tissu social apparaît comme un désordre contractuel de grande ampleur<sup>157</sup>. Aussi, oeuvrant au Code civil, Bigot-Préameneu fera évocation « des malheurs de tout genre dont les créanciers n'ont cessé d'être accablés sous la Révolution » et exprimera, en conséquence, la volonté législative « de chercher à *enchaîner les débiteurs* »<sup>158</sup>. L'idée d'enchaînement des individus exprime fort bien la conception française de la force obligatoire du contrat qui se caractérise par sa rigidité et sa sévérité. Laurent Aynès, tirant un peu le trait, l'a

---

point de départ adopté par les auteurs du XVIII<sup>e</sup> siècle. Comme il le relève lui-même, « plusieurs auteurs, pour arriver à l'idée de droit, *partent du point de vue inverse, et posent comme base fondamentale l'idée de l'injustice*. Suivant eux, l'injustice est la violation de la liberté par une liberté étrangère, c'est un obstacle qui gêne le développement de l'homme, et un mal auquel il faut remédier ; *et, dans leur opinion, ce mal a le droit pour remède*. Quelques-uns le font sortir d'un accord intelligent des individus qui sacrifient une partie de leur liberté afin d'assurer le reste. D'autres le font sortir d'une force extérieure, seule capable d'enchaîner les volontés des individus naturellement portés à l'état de guerre. *Ces auteurs placent dans une négation la base de leurs doctrines, comme si la maladie devait servir de point de départ à l'étude des lois de la vie* » (nous soulignons). On reconnaît bien là la philosophie sous-jacente au Code civil.

<sup>154</sup> A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », art. préc., p. 3 (avec des références précises à PORTALIS). On rappellera que l'œuvre de KANT avait été portée à la connaissance du public français à travers sa traduction en latin : v. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, op. cit., p. 77.

<sup>155</sup> A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », art. préc., p. 3. Ainsi s'expliquerait la prédilection pour la définition du contrat donnée par DOMAT, contenant comme mot d'ordre retentissant, la loi ; formule reprise par l'article 1134 C. civ. Comme l'a noté par ailleurs Ch. JAMIN, pour les premiers exégètes du Code civil, la mise en avant de la volonté relevait plus d'un motif technique que d'une réelle croyance en l'autonomie de la volonté : elle était le seul moyen de ne pas confondre les obligations qui sont issues de la volonté avec celles qui découlent directement de la loi, c'est-à-dire les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits : v. « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », art. préc.

<sup>156</sup> X. MARTIN, « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », conférence donnée à la Cour de cassation le 11 octobre 2005 (consultable sur [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2005\\_2033/intervention\\_m.\\_martin\\_8155.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._martin_8155.html)).

<sup>157</sup> *Ibid.* Comme signes de ce désordre contractuel, l'auteur énumère les faits suivants : « inflation monétaire d'une extrême gravité, saccage pathologique du marché des immeubles, fluctuations erratiques des solvabilités, par le simple fait des vicissitudes sociopolitiques, ou économiques, faillites en cascade... Plus généralement, l'ambiance d'anarchie n'est que trop propice aux dérobades des débiteurs indéclicats ».

<sup>158</sup> X. MARTIN, « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », art. préc.



résumée ainsi : « La force obligatoire est une prison. Chez nous, c'est le juge qui en détient les clés »<sup>159</sup>.

**555.** Indépendamment de ce contexte de crise, il est important de comprendre que dans l'esprit des codificateurs de 1804, le fait que l'individu ne puisse s'émanciper de la tutelle étatique constituait la garantie de sa liberté par l'intermédiaire d'une loi égale pour tous<sup>160</sup>. Portalis considérait ainsi que « (...) la liberté parfaite n'est que là où, en cédant le moins que l'on peut de ses droits, on acquiert le plus de sûreté possible (...) »<sup>161</sup>. Dans cette conception, on le voit, la notion centrale n'est pas la volonté individuelle (ou la liberté) mais bien la sécurité. Or celle-ci ne peut être assurée que par l'Etat : « Quand on avance qu'une bonne législation doit favoriser la liberté, cela signifie donc seulement qu'une bonne législation doit prévenir, autant que faire se peut, l'abus de tous les pouvoirs, soit publics, soit individuels »<sup>162</sup>. Comme l'a finement analysé Alfons Bürge, une telle conception appelle un rôle actif de l'Etat et non un simple Etat gendarme<sup>163</sup>. Et il semble qu'il y ait là une constante de l'idéologie française, même lorsqu'elle se réclame du libéralisme<sup>164</sup>.

En effet, dans un livre intitulé « L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français », le philosophe Lucien Jaume a montré que le libéralisme français était un « libéralisme par l'Etat, et non pas contre ou hors de l'Etat »<sup>165</sup>. L'auteur a mis en lumière une ambiguïté consubstantielle au libéralisme français, tel qu'il s'épanouit de la Restauration à l'avènement de la III<sup>e</sup> République (et même au-delà a-t-on été tenté d'ajouter<sup>166</sup>) : le libéralisme, contrairement à la réputation qui lui

<sup>159</sup> L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Dossier : Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 65.

<sup>160</sup> Ch. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », art. préc.

<sup>161</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique durant le dix-huitième siècle*, t. II, 1827, p. 344 et s. (cité d'après A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, op. cit., p. 67).

<sup>162</sup> J.-E.-M. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844, p. 345 et s.

<sup>163</sup> A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, op. cit., p. 67 : « Ein solches Konzept erfordert aber ein aktives Regieren, nicht den Nachtwächterstaat », et p. 68 : « Nicht der *unsichtbaren Hand* bleibt die Steuerung überlassen, der einzelne hat sich vielmehr dem sanften Joch der *félicité publique* zu beugen ».

<sup>164</sup> C'est ce qu'a relevé à très juste titre Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », art. préc., p. 74, qui s'appuie en cela sur l'ouvrage de L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, paru en 1997.

<sup>165</sup> L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 11.

<sup>166</sup> V. le résumé de l'ouvrage de L. JAUME par E. CHARRIN, « Le libéralisme en France : aventures et avatars d'un discours politique », *Le Banquet*, n° 11, 1997/2.

est faite, n'est pas synonyme en France d'individualisme ; au contraire, les libéraux entretiennent avec la notion d'individu des rapports complexes. « Entre la promotion des libertés individuelles et la dévalorisation de l'individualisme comme égoïsme, facteur de désordre et de dislocation du lien social, entre la légitimité d'un intérêt général incarné par l'Etat et la pluralité des intérêts particuliers coexistants au sein de la société, l'articulation est problématique »<sup>167</sup>. Pour M. Jaume, le dilemme se pose en ces termes : « Faut-il admettre un droit de l'individu, et notamment le droit de juger de son droit<sup>168</sup>, face au pouvoir politique et administratif – ou faut-il, plutôt, envisager les libertés du point de vue de la puissance publique, comme autant de limitations que, par b n volence, elle s'inflige ? »<sup>169</sup>. Face à l'alternative entre privilégier l'individu, jusqu'à, éventuellement, un libéralisme du sujet (Mme de Staël<sup>170</sup>) et assujettir l'individu à un esprit de corps qui le discipline (point de départ de Guizot<sup>171</sup>), le libéralisme français aurait très majoritairement adopté la seconde voie<sup>172</sup>. Cet idéal de vie tranquille sous tutelle va susciter plus tard la critique de Tocqueville : les Français ont privilégié l'égalité passive sur la liberté<sup>173</sup>.

Ainsi que le notait Demogue, si l'on conçoit la liberté comme un aiguillon de la concurrence, cet idéal social de luttés   armes à peu près égales, conduit naturellement à se montrer restrictif : le point de départ admis conduit à rejeter comme contraires à l'ordre public les conventions dont découle une véritable

<sup>167</sup> L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *ibid.*

<sup>168</sup> Dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, v  Libéralisme, L. JAUME relève que « ce que l'on peut appeler le "droit de juger de son droit", répondant à l'émancipation de la conscience dans la sphère philosophique, est perçu en France comme un écho du protestantisme et un ferment de ce que GUIZOT baptise "anarchie intellectuelle" ».

<sup>169</sup> L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 11. A la page 17, l'auteur résume une fois encore le dilemme en ces termes : « droit de l'individu, et notamment droit de juger *versus* légitimité et prestige de l'Etat ».

<sup>170</sup> Comme le relève L. JAUME, *op. cit.*, p. 17, c'est dans son ouvrage *De l'Allemagne* que Germaine DE STAËL donnera les premiers fondements du libéralisme du sujet et de la conscience (l'ouvrage saisi par Napoléon en 1810 avant publication, fut d'abord  dit  en Angleterre en 1813). Selon l'auteur, c'est sur un plan métaphysique que Mme DE STAËL prend acte en 1810 de sa rencontre avec le kantisme et découvre le libre arbitre comme la question clé, celle qui décide de la place et de la dignité de l'homme et du citoyen (*op. cit.*, p. 48). En France, on lui reprochera que son ouvrage « n'est point français ». En effet, lorsque SAVARY, duc de Rovigo, ministre de la Police de Napoléon, fait saisir les premiers exemplaires de son ouvrage, il lui écrit : « Votre exil est une conséquence naturelle de la marche que vous suivez constamment depuis plusieurs années. Il m'a paru que l'air de ce pays-ci ne vous convenait point, et nous n'en sommes pas encore réduits à chercher des modèles dans les peuples que vous admirez. Votre ouvrage n'est point français » (*op. cit.*, p. 40).

<sup>171</sup> Comme le relate L. JAUME, *op. cit.*, p. 122, on dira de GUIZOT que : « Très autoritaire, très persuadé non seulement "qu'on ne gouverne que de haut en bas", mais encore que l'individualisme n'est qu'un égoïsme, et l'égoïsme qu'une impuissance (...), et, (...)  videmment très enclin à croire que l'homme ne vaut que groupé, qu'associé, que concourant, que par la tâche commune où il participe, jamais il n'a envisagé, même un instant, la liberté comme un droit personnel, inhérent à l'homme, consubstantiel à lui et étant parce que l'homme existe. Personne n'a plus ignoré que Guizot la Déclaration des droits de l'homme. (...) ».

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> L. JAUME, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, *op. cit.*, p. 33.

puissance : ainsi par exemple, les conventions qui mettent un contractant à la discrétion de l'autre en le faisant juge de certains points, en lui permettant de commander à son gré, de rompre à son gré<sup>174</sup>. C'est rappeler le discrédit dont font l'objet les clauses résolutoires notamment. En dehors de toute convention, il apparaît encore plus difficile dans cette conception d'admettre que l'une des parties puisse se délier seule du contrat. Comme l'a finement analysé M. Jamin, en matière d'inexécution, l'effacement de l'individu se caractérise par la privation du créancier de son pouvoir de sanction, au profit d'un contrôle préalable du juge<sup>175</sup>.

## **§ 2. LA LIBERTÉ DE CHOIX DU JUGE FRANÇAIS : LES MANIFESTATIONS DE SON POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE**

**556.** Les développements précédents ont montré que si certains présupposés théoriques et philosophiques viennent conforter le principe de l'intervention préalable du juge en droit français, la nature judiciaire de la résolution s'explique avant tout par la volonté des juges de s'immiscer dans le sort des conventions. C'est parce que le juge s'est reconnu de larges pouvoirs d'appréciation qu'il a décidé que son intervention devait être normalement préalable à la résolution<sup>176</sup>. C'est dire combien le pouvoir de prononcer la résolution est lié, dans le droit commun de la résolution, au pouvoir d'apprécier l'opportunité de la prononcer : prononcé et choix de la mesure sont ici inséparablement liés. La liberté du juge français, qui n'est nullement contraint de prononcer la résolution lorsqu'elle est demandée, s'affirme sous deux formes<sup>177</sup>. D'abord, en l'absence d'une définition préalable et abstraite du manquement résolutoire par le législateur, c'est le juge qui décide librement du bien-fondé de la résolution (A). Ensuite, lorsqu'il écarte la résolution, le juge a le choix entre plusieurs possibilités pour rétablir l'équilibre rompu (B).

---

<sup>174</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique, op. cit.*, Première partie – Chap. VII (La liberté), p. 148.

<sup>175</sup> Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », art. préc., p. 74 (qui raisonne précisément à propos de la résolution du contrat).

<sup>176</sup> J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) », art. préc., p. 116.

<sup>177</sup> V. Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis Litec, 2010, n° 278.

## ***A. L'ABSENCE DE DÉFINITION PRÉALABLE ET ABSTRAITE DU MANQUEMENT RÉSOLUTOIRE***

**557.** Face au silence de l'article 1184 C. civ. relatif aux conditions de la résolution (1), la Cour de cassation a fait preuve de pragmatisme en conférant aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation, qui se traduit par une très grande liberté dans le choix du prononcé de la résolution (2).

### ***1. L'article 1184 C. civ. ne précise pas les conditions de la résolution***

**558.** L'article 1184 C. civ. se réfère à une situation pathologique sans la caractériser plus précisément : l'une des parties n'a point satisfait à son engagement et c'est ce « cas » qui permet à l'autre de demander au juge de prononcer la résolution<sup>178</sup>. A première vue, le « cas » de l'article 1184 C. civ. semble simple à définir : c'est l'inexécution de l'obligation contractée<sup>179</sup>. L'inexécution se présente ainsi comme le présupposé de la règle qui habilite le créancier à demander et le juge à prononcer la résolution<sup>180</sup>.

Cette analyse doit cependant être poussée plus en avant. Nous avons dit en effet qu'en raison de sa gravité, l'accès à la résolution pour inexécution supposait, dans tous les systèmes juridiques, une inexécution d'une certaine importance. Le droit français n'y fait pas exception. Ce qui diffère, ce sont les procédés techniques utilisés par les systèmes respectifs pour satisfaire cette idée de base.

**559.** Pour la doctrine française, il est bien certain que, malgré la lettre de l'article 1184 C. civ., n'importe quelle inexécution ne peut suffire pour entraîner la résolution du contrat<sup>181</sup>. Les différents ouvrages enseignent ainsi que pour obtenir la résolution, il faut justifier d'une inexécution grave<sup>182</sup>. Or, comme l'a parfaitement

---

<sup>178</sup> Ch. ATIAS, *op. cit.*, n° 254.

<sup>179</sup> *Ibid.*, n° 255.

<sup>180</sup> *Ibid.*

<sup>181</sup> V. Th. GENICON, *th. préc.*, n° 377.

<sup>182</sup> V. par ex. Ph. MALINVAUD, D. FENOUILLET, *Droit des obligations, op. cit.*, n° 516.

expliqué et montré M. Genicon, dire que le manquement doit être grave peut signifier deux choses différentes<sup>183</sup>.

Dans une première approche, on peut vouloir dire que le législateur a posé, entre les lignes, des éléments de définition du manquement susceptible de provoquer la résolution du contrat, et que la jurisprudence, en tant que source du droit, y a contribué. Dans ce cas, on considère que le manquement résolutoire est déjà décrit abstraitement et que le juge se contente alors de « faire rentrer » les faits dans la catégorie juridique prédéterminée, en application de la méthode du syllogisme juridique.

Dans une seconde approche, on peut vouloir effectuer un simple constat, tiré de l'étude des différentes décisions de justice, selon lequel les tribunaux n'admettent pas la résolution du seul fait qu'un manquement est prouvé, mais s'attachent à vérifier que la destruction du contrat est une réponse adéquate à ce dernier. La perspective n'est alors plus la même car tout manquement est *a priori* accueilli sans qu'il soit vérifié qu'il correspond bien à une définition abstraite préalablement arrêtée. Il ne s'agit plus de confronter l'inexécution concrète avec un modèle préétabli de manquement considéré par principe comme résolutoire ; il s'agit, de façon plus pratique, de s'assurer que le contrat, au vu des conséquences de l'inexécution, mérite d'être détruit. C'est considérer en ce cas qu'une inexécution suffit pour admettre que la résolution est *a priori* applicable, mais qu'il faut s'en remettre complètement à l'appréciation souveraine du juge pour déterminer si la disparition du contrat est justifiée et opportune.

Comme le note à fort juste titre M. Genicon, la distinction n'est pas artificielle : les pouvoirs du juge ne sont pas les mêmes dans les deux cas car, dans le premier, le juge se fait serviteur d'une définition tandis que, dans le second, il a les mains libres pour se faire sa propre religion et déterminer ce qu'il estime être le manquement justifiant la résolution<sup>184</sup>.

C'est ici que l'on mesure à nouveau l'utilité de disposer de notions différentes pour caractériser les divers degrés que peut revêtir le pouvoir d'appréciation du juge. Dans la première hypothèse, en définissant de manière abstraite le manquement

---

<sup>183</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 377 et 378.

résolutoire, le législateur entend dire généralement que celui-ci doit nécessairement entraîner la résolution du contrat sans que le juge puisse en apprécier l'opportunité. Toutefois, en le laissant indéterminé, il n'en confère pas moins au juge une certaine marge d'appréciation (*Beurteilungsspielraum*). Comme nous l'avons vu, cette marge d'appréciation n'autorise pas le juge à rendre un jugement en opportunité, celui-ci étant invité à procéder à un raisonnement juridique, objectif. Il en va tout différemment dans la seconde hypothèse. Ici, c'est le juge lui-même qui décide du bien-fondé de la résolution, selon des considérations de pure opportunité, marquant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (*Ermessen*).

Pour M. Genicon, il ne fait aucun doute que l'article 1184 C. civ. s'inscrit dans cette dernière logique. Selon lui, le législateur de 1804 n'a jamais entendu poser de définition (même abstraite) d'un manquement résolutoire auquel les juges devraient se conformer<sup>185</sup>. Il reconnaît que le mécanisme français est plus souple et par là-même plus inquiétant : le juge a les mains libres pour apprécier l'opportunité de la résolution du contrat<sup>186</sup>. Il rejoint en cela l'analyse de certains auteurs qui n'ont pas manqué de souligner, surtout dans une approche comparative, que le droit français ne venait pas préciser les conditions de la résolution<sup>187</sup>. Le Code civil reste muet en effet à la fois sur la cause de l'inexécution ainsi que sur son importance<sup>188</sup>. C'est donc vers la jurisprudence qu'il faut se tourner pour connaître les principes de solution. L'analyse de la jurisprudence confirme la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge, c'est-à-dire l'idée d'une totale liberté du juge de prononcer ou non la résolution.

---

<sup>184</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 378.

<sup>185</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 398.

<sup>186</sup> *Ibid.*

<sup>187</sup> V. en particulier J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) », art. préc., p. 112 et s.

<sup>188</sup> Sur ces deux aspects, v. J. GHESTIN, art. préc., p. 112 et s.

## ***2. L'affirmation jurisprudentielle d'un pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond***

**560.** Il ressort de la jurisprudence que si l'origine de l'inexécution est en principe indifférente, toute inexécution n'est pas susceptible d'entraîner la résolution du contrat<sup>189</sup>.

Concernant l'origine de l'inexécution, la Cour de cassation a jugé que la résolution d'un contrat synallagmatique pouvait être prononcée « quel que soit le motif qui a empêché » le débiteur de remplir son obligation<sup>190</sup>. Elle a affirmé par ailleurs en termes généraux que la résolution pouvait être prononcée « même si cette inexécution n'est pas fautive »<sup>191</sup>. Très tôt, elle a ainsi considéré qu'il y avait lieu à résolution judiciaire quand le défaut d'exécution provient d'un cas fortuit ou de force majeure<sup>192</sup>. Cette solution est approuvée par certains auteurs au motif précisément qu'elle permettrait au juge de choisir entre la résiliation du contrat tout entier et son réaménagement en cas d'inexécution partielle<sup>193</sup>, et entre la résiliation et la suspension du contrat en cas d'impossibilité temporaire<sup>194</sup>.

Quant à l'importance de l'inexécution, qui nous intéresse ici au premier chef, la Cour de cassation retient d'une manière à la fois classique et constante qu'« il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l'intention des parties, quelles sont l'étendue et la portée de l'engagement souscrit par celle

---

<sup>189</sup> Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? – Rapport français », art. préc., n° 9.

<sup>190</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1982, Bull. I, n° 205, p. 178 (cité d'après J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 453).

<sup>191</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 9 octobre 1979, Bull. III, n° 169, p. 132 (cité d'après J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat, ibid.*).

<sup>192</sup> Civ. 14 avril 1891 (Ceccaldi), *GAJC*, t. 2, n° 179 : « Attendu que cet article [1184 C. civ.] ne distingue pas entre les causes d'inexécution des conventions, et n'admet pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfait pas à son engagement ; (...) ». V. plus récemment Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 2009, n° 08-13824, *JCP* 2009, n° 39, 273, obs. P. GROSSER : « Mais attendu qu'ayant énoncé à bon droit qu'il résulte de l'article 1184 du code civil que la résolution d'un contrat synallagmatique peut être prononcée en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations, quel que soit le motif qui a empêché cette partie de remplir ses engagements, alors même que cet empêchement résulterait de la force majeure, (...) ». On notera que cette solution n'est pas retenue par le dernier avant-projet de réforme du droit des obligations de la CHANCELLERIE en date du 23 octobre 2013 : selon l'article 126 al. 2 du projet, en cas de force majeure, « Si l'inexécution est irrémédiable, le contrat est résolu de plein droit (...) ».

<sup>193</sup> Comp. l'art. 1722 C. civ. : « Si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail (...) » (nous soulignons).

<sup>194</sup> Cette position est défendue par Y. LEQUETTE, F. TERRÉ, H. CAPITANT, *GAJC*, t. 2, n° 179, p. 265.

d'entre elles qui y aurait manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts ; que ce pouvoir d'appréciation est souverain »<sup>195</sup>.

La doctrine en déduit généralement que si l'inexécution totale et définitive suffit en général pour prononcer la résolution, au point de considérer que le juge est même *tenu* d'y procéder en cette hypothèse<sup>196</sup>, le juge du fond dispose de toute latitude pour décider du bien-fondé de la résolution du contrat en cas d'exécution tardive, partielle ou défectueuse. En effet, c'est à lui seul qu'il appartient de juger si le manquement allégué est d'une gravité suffisante pour justifier la résolution du contrat.

**561.** Comme l'a remarqué à juste titre M. Genicon, il ne faut pas se méprendre sur le contenu du pouvoir souverain des juges du fond. Encore une fois, il ne s'agit pas pour eux d'apprécier si la matérialité des faits d'inexécution leur semble correspondre aux spécifications légales d'un manquement grave, *il s'agit plus exactement de prendre une mesure adéquate en réaction à ce manquement*<sup>197</sup>. C'est dire que le juge ne prononce pas la résolution en se contentant de vérifier que les conditions légales sont réunies ; sa mission suppose qu'il prenne parti sur l'équilibre contractuel initial et sur les conséquences de l'inexécution, c'est-à-dire sur le déséquilibre qui en résulte<sup>198</sup>. Deux considérations viennent conforter cette analyse.

En premier lieu, la Cour de cassation impose aux juges du fond de « tenir compte (...) de toutes les circonstances de la cause intervenues jusqu'au jour de [leur] décision »<sup>199</sup>, ce qui les invite à rendre une décision au plus près des faits de l'espèce.

<sup>195</sup> Civ. 14 avril 1891 (Ceccaldi), préc. ; Civ. 5 mai 1920, D. 1926, 1, p. 37.

<sup>196</sup> V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 455 : « Si l'inexécution est totale et définitive, le tribunal est tenu de prononcer la résolution du contrat » ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2013, n° 877. Plus dubitatif : Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op. cit.*, n° 253 : « L'inexécution totale de l'obligation principale semble ne devoir laisser aucune liberté au juge ; dès lors qu'elle lui est demandée, il devrait prononcer la résolution. Le constat d'échec de l'opération est apparemment inéluctable. Il n'est pas sûr que les juges s'y sentent contraints » (nous soulignons).

<sup>197</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 411. V. à ce titre Civ. 1<sup>re</sup>, 29 novembre 1961, Bull. I, n° 563, qui reconnaît aux juges du fond un « pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité de résoudre le contrat, eu égard aux circonstances de fait et à la gravité des manquements ».

<sup>198</sup> Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op. cit.*, n° 240.

<sup>199</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 22 mars 1983, Bull. III, n° 84 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 5 mai 1993, RTD civ. 1994, p. 353, obs. J. MESTRE.



L'appréciation judiciaire porte nécessairement sur toutes les circonstances concrètes, sur le contenu du contrat et sur les caractéristiques de l'opération, sur les attitudes respectives des parties, sur l'intérêt poursuivi...<sup>200</sup> En somme, le caractère suffisamment grave de l'inexécution est apprécié en fonction de critères variables, dont la mise en œuvre change selon l'objet du contrat et la qualité des parties, ce qui permet aux tribunaux d'user d'une grande liberté dans le choix du prononcé de la résolution<sup>201</sup>. Comme l'a fort bien exprimé un auteur, la résolution appelle une appréciation empirique tenant compte de toutes les circonstances caractérisant les relations des parties, avec cette conséquence que le juge ne peut s'enfermer dans des catégories abstraites qui détermineraient, par avance, les cas où la résolution doit être prononcée et les cas où elle ne pourrait l'être<sup>202</sup>. Aussi, certains ont-ils présenté la résolution comme un remède d'équité et d'opportunité à la situation née de l'inexécution de l'engagement contractuel, « une façon de reconnaître l'impossibilité de maîtriser, voire de guider l'appréciation judiciaire, une sorte d'aveu d'impuissance de la règle »<sup>203</sup>. On notera que la Cour de cassation n'entend d'ailleurs nullement guider elle-même l'appréciation des juges du fond, ce qui nous amène à notre deuxième observation.

En second lieu, il convient de relever que la Cour de cassation exerce, sur la notion de « manquement suffisamment grave », non pas un contrôle de qualification mais un (simple) contrôle de motivation. Ainsi que le relate un ouvrage, la Cour de cassation exige simplement que les juridictions du fond recherchent, sous peine d'être censurées pour défaut de base légale, soit l'importance suffisante de l'inexécution, soit le caractère suffisant de la gravité des manquements de la partie défaillante<sup>204</sup>.

**562.** Cela dit, on recense toutefois un certain nombre d'arrêts où les juges du fond sont censurés pour violation de la loi, au visa de l'article 1184 C. civ.

---

<sup>200</sup> Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n° 258.

<sup>201</sup> J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, op. cit., n° 456, p. 523.

<sup>202</sup> Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n° 268.

<sup>203</sup> V. Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n° 241, et les références citées.

<sup>204</sup> J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, op. cit., n° 456. V. également Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? – Rapport français », art. préc., n° 11, p. 464 et s. Certains auteurs relèvent à ce propos que « les raisons [des juges du fond] qui leur font ici prononcer la résolution et là la refuser ne sont guère apparentes. La motivation des décisions est souvent sommaire et fragile » : Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n° 261.

Ainsi en va-t-il par exemple de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 3 mai 2006<sup>205</sup>. En l'espèce, des époux avaient commandé un véhicule neuf auprès d'une société automobile. Après avoir relevé l'existence de plusieurs désordres, ils avaient assigné leur vendeur en résolution de la vente pour défaut de conformité du véhicule livré à la commande du véhicule neuf. La cour d'appel les avait déboutés de leur demande au motif que l'effraction du véhicule en cause, avant la vente, aux conséquences mineures réparables sans laisser de traces, n'était pas d'une gravité suffisante pour faire déclasser ce véhicule neuf en véhicule d'occasion et que les légers défauts de fonctionnement et esthétiques relevés par l'expert n'ouvraient pas l'action pour défaut de conformité aux stipulations contractuelles de commande d'un véhicule neuf. Cette décision a été cassée par la Cour de cassation au motif qu'elle violait notamment l'article 1184 C. civ. : « Qu'en se prononçant ainsi, alors que la commande d'une chose neuve s'entend d'une chose n'ayant subi aucune dégradation, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». Au terme d'une lecture rapide, l'arrêt pourrait donner à penser que la Cour de cassation a reproché ici aux juges du fond d'avoir considéré que le défaut allégué ne pouvait pas être qualifié de manquement suffisamment grave, pouvant entraîner la résolution du contrat. Or, à bien y regarder, il semble que la haute juridiction se soit prononcée avant tout sur la notion d'obligation de délivrance conforme, ce dont témoigne le double visa des articles 1184 et 1604 C. civ., en venant rappeler que lorsqu'il s'agit d'une commande de chose neuve, celle-ci s'entend normalement d'une chose sans dégradation<sup>206</sup>. C'est sur ce point précisément que porte la cassation.

Pour prendre un autre exemple, on notera que la Cour de cassation vient censurer régulièrement les juges du fond qui considèrent que l'inexécution par le vendeur de son obligation d'information ne peut donner lieu qu'à des dommages-intérêts<sup>207</sup>. Là non plus, il ne faut pas y voir le signe que la Cour de cassation viendrait contrôler la qualification des faits opérée par les juges du fond : la haute juridiction estime seulement que « le manquement par le vendeur à ses obligations d'information et de conseil peut, *pourvu seulement que ce manquement soit d'une*

<sup>205</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mai 2006, Contrats, conc. consom. 2006, n° 10, comm. 185, obs. L. LEVENEUR.

<sup>206</sup> Rappr. BGH 8. Zivilsenat, 6.2.2013, VIII ZR 374/11, NJW 2013, p. 1365, pt. 10 : « Fabrikneuheit verlangt, dass sich das Fahrzeug bei Übergabe an den Käufer in dem unbenutzten und unbeschädigten Zustand befindet, wie es vom Hersteller ausgeliefert worden ist ».

<sup>207</sup> V. notamment Com., 3 février 2009, Juris-Data n° 2009-046871, JCP 2009, n° 16, I 138, obs. P. GROSSER ; Civ. 1<sup>er</sup>, 28 mai 2009, Juris-Data n° 2009-048354, JCP 2009, n° 39, 273, obs. P. GROSSER.

*gravité suffisante*, justifier la résolution du contrat »<sup>208</sup>. La liberté d'appréciation du manquement résolutoire par les juges du fond reste donc entière. Ces arrêts semblent indiquer au contraire que toute motivation (de la part des juges du fond) qui paraît méconnaître ce pouvoir d'appréciation et cette fonction judiciaire peut être censurée par la Cour de cassation<sup>209</sup>.

**563.** Comme l'a noté finement M. Genicon, si le contrôle exercé par la Cour de cassation porte sur la motivation et non sur la qualification, c'est parce qu'il ne s'agit pas, justement, de qualifier les agissements du débiteur pour vérifier s'ils correspondent à une notion de droit (le « manquement grave ») qui serait partie intégrante de la règle résolutoire telle qu'elle est conçue et formulée par l'ordre juridique<sup>210</sup>. Ainsi que l'a exprimé clairement la Cour de cassation elle-même dès 1845, « il résulte des dispositions des articles 1184 et 1610 combinés que, lorsqu'il s'agit de statuer sur une demande en résolution (...), les tribunaux doivent examiner et apprécier les faits et les actes constitutifs de l'inexécution et les conséquences qu'elle doit avoir, et que d'ailleurs la loi n'a pas fixé les limites dans lesquelles le juge doit se renfermer pour son appréciation, d'où il suit que cette appréciation lui appartient exclusivement »<sup>211</sup>.

L'arrêt de 1845 est intéressant en ce qu'il établit un lien de cause à effet entre l'absence de directives légales et le pouvoir du juge d'apprécier le bien-fondé de la résolution. La doctrine elle aussi voit un lien entre l'absence de définition légale des conditions de la résolution et le fait que celle-ci doive être prononcée par le juge<sup>212</sup>. Au point de considérer que la présence du juge en droit français supplée à l'absence de définition du manquement conduisant à la résolution<sup>213</sup>. La souplesse des

<sup>208</sup> Com., 3 février 2009, préc. (nous soulignons).

<sup>209</sup> Pour un tel constat, sans référence jurisprudentielle : Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n° 253.

<sup>210</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 411, p. 295, qui observe en outre : « Du reste, cela n'est pas étonnant car (...) on ne voit pas sur la base de quelle définition préalable la Cour de cassation prendrait appui afin de casser une décision prononçant la résolution pour manquement "non grave" ». Comp. X. BACHELLIER, « Le pouvoir souverain des juges du fond », Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009. Pour cet auteur, on est bien en présence ici d'une question de qualification juridique, sauf que le « manquement grave aux obligations justifiant la résolution judiciaire du contrat » fait partie de ces cas où la Cour de cassation n'exerce pas son contrôle. L'auteur observe que la qualification est bien souvent abandonnée au pouvoir souverain des juges du fond lorsque les appréciations d'ordre factuel sont prépondérantes ou que toute possibilité d'unification de l'application de la règle de droit apparaît illusoire.

<sup>211</sup> Civ., 15 avril 1845, DP 1845, 1, p. 411 ; S. 1845, 1, p. 345 (cité d'après Th. GENICON, th. préc., n° 401).

<sup>212</sup> V. J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) », art. préc., p. 112 : « *Le droit français ne précise pas les conditions de la résolution*. En revanche et en quelque sorte par voie de conséquence, *la résolution ne peut en principe être prononcée que par le juge* ».

<sup>213</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 419. On notera que cet état de fait est justement décrié par la doctrine allemande, qui déplore que l'intervention du juge n'apporte aucune précision sur les conditions devant être

conditions d'admission de la résolution qui en découle est d'ailleurs perçue comme un véritable atout : l'intervention judiciaire permet de choisir en effet dans chaque situation la solution la mieux adaptée aux circonstances de l'espèce<sup>214</sup>.

## **B. LE POUVOIR DU JUGE DE SUBSTITUER À LA RÉSOLUTION DEMANDÉE LA MESURE DE SON CHOIX**

**564.** Comme il vient d'être dit, en droit français, le juge qui se voit saisi d'une demande en résolution ne se contente pas de vérifier que les conditions de la résolution – fussent-elles imprécises – sont réunies ; il apprécie l'opportunité de la prononcer. Sa liberté est donc très large : non seulement le juge peut faire droit ou non à la demande du créancier selon des considérations qui n'appartiennent qu'à lui seul mais il lui est loisible en outre de prononcer une autre mesure que celle sollicitée par le créancier pour la simple et bonne raison qu'il l'estime plus opportune<sup>215</sup>. Ce pouvoir d'accorder des remèdes non demandés, dit « pouvoir de substitution »<sup>216</sup>, appelle plusieurs observations. Il mérite d'être discuté à la fois au regard de l'article 1184 C. civ. lui-même (1) et au regard du principe dispositif consacré par les articles 4 et 5 CPC (2).

### ***1. Appréciation du pouvoir de substitution au regard du droit d'option conféré au créancier par l'article 1184 C. civ.***

**565.** S'il pose le principe de la résolution judiciaire du contrat, l'article 1184 C. civ. n'énonce pas moins que « *La partie envers laquelle l'engagement n'a point été*

remplies pour pouvoir résoudre le contrat, la décision du juge apparaissant comme purement discrétionnaire : v. C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », art. préc., p. 7 : « Außerdem trägt diese Lösung [gerichtlicher Rücktritt] naturgemäß nichts zur Beantwortung der Frage nach den *inhaltlichen* Voraussetzungen einer Auflösung des Vertrages bei, so dass die Gefahr einer nicht hieran orientierten, sondern rein diskretionären Entscheidung des Gerichts auf der Hand liegt ».

<sup>214</sup> J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) », art. préc., p. 116 ; Th. GENICON, th. préc., n° 352 et 650 : « C'est l'avantage décisif du caractère judiciaire de la résolution que de permettre au juge de choisir le remède le mieux approprié ». Notons que ce qui est jugé comme un atout en France est perçu à l'étranger comme une faiblesse fondamentale du système de la résolution judiciaire. On y déplore principalement l'incertitude qui en découle quant au sort du contrat : v. S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », in *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Paris, Larcier, LGDJ, 2005, p. 10, n° 3.

<sup>215</sup> Sur le lien existant entre le pouvoir judiciaire de contrôler l'opportunité du prononcé de la sanction et le pouvoir du juge de « remplacer le remède sollicité par un autre qu'il juge plus approprié », v. P. GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 17, p. 116.

exécuté, *a le choix* ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts ». La formulation retenue laisse entendre que c'est au créancier qu'il appartient de choisir entre les termes de l'option. Or le pouvoir de substitution que s'est attribué le juge en matière de résolution rend largement théorique ce droit d'option du créancier. Il implique en effet que le juge n'est pas lié par le choix de ce dernier<sup>217</sup>. Le « libre choix » du créancier s'apparente donc en réalité à un simple « pouvoir d'initiative », soumis au contrôle et à l'appréciation du juge<sup>218</sup>. La doctrine n'a de cesse de souligner combien la résolution revêt un caractère « facultatif » pour le juge<sup>219</sup>, critère par excellence du pouvoir discrétionnaire du juge.

Un pouvoir d'autant plus grand que le juge français a à sa disposition un large éventail de mesures qu'il peut substituer à la résolution demandée.

Le juge peut tout d'abord, comme l'y autorise expressément l'article 1184 al. 3 C. civ., accorder au débiteur un délai d'exécution<sup>220</sup>, qui sait alors que, s'il n'exécute pas dans le délai imparti, le contrat pourra être résolu « à ses torts ». L'expression signifie que la résolution pourra être accompagnée d'une condamnation à dommages-intérêts<sup>221</sup>.

Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, le juge peut décider par ailleurs de rejeter la demande en résolution et n'allouer au créancier que des dommages-intérêts<sup>222</sup>.

Comme nous l'avons déjà évoqué plus haut à propos de la « révision du contrat » pour inexécution, dans certaines hypothèses, en particulier dans le domaine des ventes commerciales, le juge peut procéder en outre à une réfaction du contrat ou

<sup>216</sup> Selon l'expression utilisée par P. GROSSER, « L'ordonnement des remèdes », art. préc., n° 18, p. 116.

<sup>217</sup> V. sur ce point spécialement P. GROSSER, *ibid.*

<sup>218</sup> V. R. SAVATIER, « Rapport de synthèse », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, TAHC, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 431 : « L'initiative des sanctions part du créancier. La partie se joue entre lui et le débiteur. Mais elle est présidée, d'autorité, par le juge qui la conclut ».

<sup>219</sup> V. Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op. cit.*, n° 274 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2013, n° 252.

<sup>220</sup> Pour plus de détails sur les modalités de ce délai, v. *supra*.

<sup>221</sup> Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op. cit.*, n° 278, souligne de façon générale qu'en parlant d'une résolution aux torts du débiteur, la pratique met ainsi l'accent sur la peine infligée.

<sup>222</sup> Certains auteurs précisent ici que le lien contractuel se voit ainsi maintenu : v. Ch. ATIAS, *op. cit.*, n° 278.

plus précisément à une réduction du prix de vente<sup>223</sup>, une solution qui permet d'éviter la dissolution (totale) du lien contractuel.

Enfin, le juge peut accueillir en cours d'instance, une offre d'exécution émanant du débiteur ou d'un tiers qui intervient à sa demande ou de son propre chef, dans la mesure où il a intérêt à éviter la résolution du contrat<sup>224</sup>. Il apprécie alors souverainement si cette offre est susceptible de satisfaire le créancier en dépit de son caractère tardif<sup>225</sup>. On enseigne traditionnellement que le juge peut même ordonner *d'office* l'exécution du contrat, sans que le débiteur n'ait fait d'offre d'exécution<sup>226</sup>. La jurisprudence est effectivement en ce sens<sup>227</sup>. Un arrêt en date du 29 octobre 2003, publié au Bulletin, vient toutefois semer le doute<sup>228</sup>. Il est vrai que les faits de l'espèce étaient assez spécifiques. En l'espèce, un individu avait vendu à son frère un appartement, dont il était convenu que partie du prix avait été réglée par compensation avec divers prêts consentis par ce dernier au premier. Le premier (vendeur) faisant l'objet d'une procédure collective, son liquidateur a demandé la résolution de la vente pour non-paiement de la partie du prix payable au comptant. Soupçonnant les frères d'avoir invoqué une prétendue compensation en vue de léser les créanciers du premier, donc d'avoir commis une fraude, la cour d'appel avait rejeté la demande de résolution et condamné le second (l'acquéreur) au paiement de la partie du prix exigible au comptant. Elle avait donc substitué l'exécution en nature à la résolution demandée. Or, sa décision a été censurée par la Cour de cassation, ce qui pourrait venir remettre en cause le pouvoir qu'a le juge d'ordonner l'exécution forcée en nature lorsqu'une résolution est demandée. Il convient toutefois d'être

<sup>223</sup> V. Com., 17 janvier 1962, Bull. IV, n° 40 ; Com., 23 mars 1971, Bull. IV, n° 89 ; Com., 15 décembre 1992, Bull. IV, n° 421. Dans le domaine de la vente *civile*, un arrêt du 29 janvier 2003 a toutefois exclu une telle possibilité de réfaction pour le juge (v. Bull. III, n° 23 : l'inexécution constatée ne lui permet pas de « modifier le prix de vente déterminé par les parties »).

<sup>224</sup> V. Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? – Rapport français », art. préc., n° 12, p. 471 (avec des références jurisprudentielles).

<sup>225</sup> *Ibid.* V. Com., 20 octobre 1952, Bull. IV, n° 308 : « il appartient aux juges du fond, en présence d'offres faites au cours d'une instance par un débiteur, d'apprécier souverainement si elles sont de nature à constituer une exécution qui fasse obstacle à la résolution demandée ».

<sup>226</sup> V. Ch. JAMIN, « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? – Rapport français », art. préc., n° 12, p. 470 : « Tout en écartant la résolution du contrat, il [le juge] peut en outre en prescrire l'exécution, en octroyant le cas échéant des dommages-intérêts, s'il le faut sous astreinte ».

<sup>227</sup> V. Com., 24 avril 1972, Bull. IV, n° 117 : « Mais attendu qu'appréciant souverainement que les manquements de la société Somatex n'étaient pas d'une gravité suffisante pour motiver la résolution des conventions entre les parties, la cour d'appel a pu prescrire l'exécution avec dommages-intérêts et n'a fait qu'user de son pouvoir souverain en prononçant une astreinte aux fins d'assurer ladite exécution » ; Com., 16 juin 1987, Bull. IV, n° 145 : « Attendu (...) que les juges du fond qui, par une appréciation souveraine, estiment que les manquements d'une partie à ses obligations contractuelles ne sont pas d'une gravité suffisante pour motiver la résolution ou la résiliation de la convention ne modifient pas l'objet de la demande tendant à l'une de ces fins lorsqu'ils prescrivent l'exécution, dans les conditions et délai qu'ils déterminent, eu égard aux circonstances de la cause ».

<sup>228</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 octobre 2003, Bull. III, n° 186, RJDA 2004, n° 271.

prudent sur l'interprétation de cet arrêt, dont les motifs renvoient d'ailleurs au droit processuel et non au droit substantiel. En effet, c'est au visa des articles 4 et 5 CPC, qui seront évoqués plus loin, que la Cour de cassation a rendu sa décision, laissant entendre que lorsqu'ils sont saisis d'une demande en résolution pour non-paiement du prix, les juges du fond ne peuvent pas modifier l'objet du litige en condamnant l'acquéreur à payer le solde du prix<sup>229</sup>.

**566.** Il reste qu'en l'état du droit positif, la variété des mesures pouvant être prises par le juge saisi d'une demande en résolution conduit à faire du juge le grand ordonnateur de l'inexécution du contrat<sup>230</sup>. Allant plus loin encore, M. Genicon n'a pas hésité à souligner que par le biais de la résolution, le juge s'est installé comme arbitre de l'exécution du contrat, sous toutes ses facettes : juge de l'équilibre des prestations, juge du comportement des parties, de leur bonne ou mauvaise foi, juge de l'intérêt des tiers, juge d'équité enfin<sup>231</sup>. A telle enseigne, dit l'auteur, qu'il ne serait pas hérétique de considérer que résolution pour inexécution et révision pour imprévision ne sont que les expressions d'une même préoccupation : celle de régenter au plus juste l'exécution du contrat<sup>232</sup>.

Si bien qu'il peut sembler paradoxal d'accorder pleinement sa confiance au juge dans le cadre d'une action en résolution du contrat et de se montrer défiant à son égard en cas d'imprévision au point de le priver de tout pouvoir d'intervention. Traditionnellement, on justifie cette différence d'approche en mettant en avant la dichotomie : exécution/inexécution du contrat. On explique que le principe de non-ingérence du juge dans le contrat, traduisant une certaine méfiance à son égard, ne vaut pas pour l'ensemble du processuel contractuel mais seulement pour ce qui a trait au contenu du contrat<sup>233</sup>. Or, nous avons eu l'occasion de constater à plusieurs reprises combien il était difficile d'opérer une distinction stricte entre les phases d'exécution et d'inexécution, cette dernière pouvant agir elle aussi sur le contenu du contrat.

---

<sup>229</sup> Lamy Droit Immobilier 2013, n° 4063. V. également Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, *op. cit.*, n° 278.

<sup>230</sup> Ce point est souligné à juste titre par P. GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes », art. préc., n° 19, p. 119 : « L'intervention *a priori* du juge permet donc souvent à ce dernier d'avoir le dernier mot quant au choix des remèdes et donc de décider lui-même de leur ordonnancement ». Rappr. Th. GENICON, th. préc., n° 352.

<sup>231</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 205, p. 150.

<sup>232</sup> Th. GENICON, *ibid.*, note 145. L'auteur relève à ce propos que le doyen RIPERT n'avait pas hésité à opérer un tel rapprochement : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, n° 80, p. 142.

En matière de résolution, le juge français tire en tout cas ses larges pouvoirs non seulement d'une interprétation souple de l'article 1184 C. civ. mais aussi d'une approche souple du principe dispositif<sup>234</sup>.

## **2. Appréciation du pouvoir de substitution au regard du principe dispositif (articles 4 et 5 CPC)**

**567.** De même que le contrat est présenté classiquement comme « la chose des parties », on affirme traditionnellement en matière de procédure civile que le procès est « la chose des parties »<sup>235</sup>. Les articles 4 al. 1 et 5 du Code de procédure civile (CPC), qui figurent comme principes directeurs du procès, énoncent respectivement que « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties » et que « Le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé ». Ils forment à eux deux le principe dispositif<sup>236</sup>.

Le principe interdit donc au juge de modifier les termes du litige tels qu'ils ont été posés par les parties et notamment de se prononcer sur des choses non demandées<sup>237</sup>. Ce qui invite à se demander si le juge qui prend l'initiative de répondre à une demande de résolution par une autre mesure, par exemple par une mesure d'exécution en nature ou par équivalent, ne porte pas atteinte au principe dispositif.

**568.** Saisie de pourvois argumentant en ce sens, la Cour de cassation a réfuté à plusieurs reprises ce grief<sup>238</sup>. Toutefois, l'arrêt précité de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 29 octobre 2003 apparaît plus sévère puisque la haute juridiction y a censuré les juges du fond d'avoir ordonné l'exécution forcée de la

<sup>233</sup> V. récemment encore : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », RDC 2013, p. 1643 et s.

<sup>234</sup> V., pour un tel constat déjà, M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc., n° 353 et s.

<sup>235</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013, n° 688.

<sup>236</sup> V. J. NORMAND, C. BLÉRY, J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 151, n° 24. Comme son nom l'indique, le principe *dispositif* signifie que les parties, qui ont la libre *disposition* de leurs droits, *disposent* de la définition de l'objet du litige, comme de la détermination des faits qui seront dans le débat : S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *ibid.*

<sup>237</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.*, n° 703.

<sup>238</sup> V. par ex. Com., 24 avril 1972, Bull. IV, n° 117 ; Com., 16 juin 1987, Bull. IV, n° 145. Dans les deux espèces, la cour d'appel avait écarté la demande en résolution du créancier pour lui préférer l'exécution en nature. Les pourvois respectifs invoquaient à la fois une violation du droit d'option conféré au créancier par l'article 1184 C. civ. et une violation des articles 4 et 5 CPC.



vente d'immeuble alors qu'ils étaient saisis d'une demande de résolution du contrat de vente, au visa des articles 4 et 5 CPC<sup>239</sup>. Prenant appui sur cet arrêt, certains ouvrages enseignent désormais que le juge ne peut substituer un terme de l'option [prévue par l'article 1184 C. civ. au profit du créancier] à l'autre sans modifier l'objet du litige : saisi d'une demande en résolution du contrat, il ne peut donc en ordonner l'exécution forcée si celle-ci n'a pas été demandée<sup>240</sup>.

On notera que cette dernière solution, si elle devait s'affirmer et se généraliser, s'accorde mal avec le pouvoir souverain d'appréciation qui est reconnu par ailleurs aux juges du fond, et qui est censé leur permettre justement de choisir la sanction la plus adéquate dans le contexte d'inexécution.

**569.** La position classique, qui ne voit aucune atteinte au principe dispositif lorsque les juges substituent à la résolution demandée par le créancier une mesure de leur choix, repose, il est vrai, sur une conception large du principe dispositif et de la notion d'objet du litige.

Aux termes de l'article 4, « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties », qu'expriment l'acte introductif d'instance et les conclusions en défense<sup>241</sup>. La prétention apparaît comme la matière élémentaire du lien juridique d'instance<sup>242</sup>. Or, la prétention n'est autre que « la chose demandée » de l'article 1351 C. civ., c'est-à-dire le résultat économique et social recherché par les parties, en pratique par le demandeur<sup>243</sup>. A strictement parler, c'est l'exécution d'une clause contractuelle, l'annulation ou la résolution d'un contrat, la condamnation au paiement de dommages-intérêts, la revendication d'un bien, etc.<sup>244</sup> Au sens strict, l'objet du litige porte donc sur la mesure précisément demandée : la résolution.

---

<sup>239</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 29 octobre 2003, Bull. III, n° 186, RJDA 2004, n° 271.

<sup>240</sup> Lamy Droit du Contrat 2013, n° 445-5.

<sup>241</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013, n° 510.

<sup>242</sup> *Ibid.*

<sup>243</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *op. cit.*, n° 511 ; S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 705.

<sup>244</sup> Comp. G. COUCHEZ, X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2014, n° 225-1.

La jurisprudence traditionnelle, soutenue en cela par la doctrine, s'autorise toutefois une interprétation plus souple de la notion d'objet du litige ou des « fins de la demande »<sup>245</sup>.

Pour de nombreux auteurs, la position de la Cour de cassation s'explique par une acception large de l'objet du litige : celui-ci ne se limiterait pas à la mesure précisément demandée mais porterait plus largement sur la sanction de l'inexécution du contrat<sup>246</sup>. Dans cette conception, n'importe quelle demande de sanction de l'inexécution formée par le créancier suffit à mettre implicitement dans l'instance toutes les déclinaisons des remèdes envisageables<sup>247</sup>. Si bien qu'en accordant au créancier un autre remède que celui demandé, le juge ne viendrait pas modifier l'objet du litige.

Dans le même ordre d'idées, d'autres auteurs expliquent la position de la jurisprudence en la matière non pas par une conception large de l'objet du litige, celui-ci résidant dans la mesure expressément demandée, mais par le fait que le juge est fondé à substituer une mesure non demandée à celle sollicitée par le créancier dès lors qu'il en respecte la fin<sup>248</sup>. Suivant l'analyse, « l'objet de la demande est bien changé, ce qui n'est pas changé, ce sont les fins de l'action, (...) le juge peut changer l'objet de la demande, à condition de rester dans les fins de l'action. Ainsi entendues, les fins de l'action consistent dans le rétablissement de l'équivalence contractuelle »<sup>249</sup>. Nombreux sont les auteurs qui soulignent en effet l'unité fonctionnelle qui existe entre les différentes actions tendant à faire sanctionner l'inexécution du contrat<sup>250</sup>. Les sanctions de l'inexécution sont considérées comme profondément unies dans leur fin qui consisterait à corriger l'inexécution.

---

<sup>245</sup> V. art. 565 CPC : « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent ».

<sup>246</sup> V. J. NORMAND, *Le juge et le litige*, th. Lille, préf. R. PERROT, Paris, LGDJ, 1965, n° 131, p. 120 (cité d'après M. LAMOUREUX, th. préc., n° 353) : « l'objet de la demande n'est pas cette résolution qu'il sollicite, mais, d'une manière plus large, la sanction de l'inexécution du contrat ». Le juge peut donc « décider souverainement quelle est dans "l'arsenal juridique" la sanction la plus adéquate. Les propositions du demandeur ne le lient pas ».

<sup>247</sup> Th. GENICON, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, RDC 2013, p. 890 et s. En l'explicitant (dans un autre contexte qu'une demande en résolution toutefois), l'auteur se prononce en faveur de cette conception souple.

<sup>248</sup> M. LAMOUREUX, th. préc., n° 353, p. 361, s'appuie ici en particulier sur l'étude de J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, th. Toulouse 1, préf. P. HÉBRAUD, Paris, LGDJ, 1977.

<sup>249</sup> J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, th. préc., n° 226, p. 276 (cité d'après M. LAMOUREUX, th. préc., n° 353, p. 361).

<sup>250</sup> V. notamment Th. GENICON, « Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, RDC 2010, p. 827.

Cette conception large des « fins de la demande » pouvait se réclamer d'une autre jurisprudence, concernant la liberté procédurale du créancier cette fois.

A cet effet, l'article 564 CPC dispose en principe que « les parties ne peuvent soumettre à la cour [d'appel] de nouvelles prétentions (...) »<sup>251</sup>. Cette interdiction se voit toutefois tempérée par l'article 565 CPC qui précise que « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge même si leur fondement juridique est différent ». L'identité de fins est donc devenue le critère qui décide principalement de la recevabilité des prétentions en appel<sup>252</sup>.

Sur ce point précisément, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que « l'action en exécution et l'action en résiliation d'une convention constituent sous deux formes différentes l'exercice du même droit et tendent aux mêmes fins »<sup>253</sup>. Il en résultait une grande souplesse pour le créancier dans l'exercice de son option entre résolution, exécution et dommages-intérêts, y compris au stade de l'appel<sup>254</sup>. Cette conception large de la finalité semblait acquise.

**570.** Or, deux arrêts récents sont venus remettre en cause la solution. Le premier est celui de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 20 janvier 2010<sup>255</sup>. En l'espèce, les propriétaires d'un bien rural donné à bail avaient demandé au tribunal paritaire des baux ruraux de condamner le preneur à réaliser certains travaux et à cesser tout abattage de bois sans leur autorisation. Le tribunal avait partiellement accueilli leurs prétentions. En appel, cependant, les bailleurs sollicitèrent la résiliation du bail rural. La cour d'appel estima que cette demande

<sup>251</sup> Art. 564 CPC : « A peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour [d'appel] de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait ».

<sup>252</sup> Y.-M. SERINET, « Les demandes nouvelles dérivant du contrat en appel », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, RDC 2010, p. 936.

<sup>253</sup> V. par ex. : Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mai 1979, Bull. III, n° 94 ; Com., 28 janvier 1992, Bull. IV, n° 34 ; Com., 16 janvier 2001, Bull. IV, n° 10 ; Com., 14 juin 2005, n° 02-18164, inédit.

<sup>254</sup> Cette solution classique avait d'ailleurs été réitérée par un arrêt où la Cour de cassation avait jugé (au visa de l'article 1184 al. 2 C. civ.) que « le contractant victime d'une inexécution a la faculté de modifier son option entre poursuivre soit l'exécution de la vente, soit sa résolution tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande initiale par une décision passée en force de chose jugée » : Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 1004, obs. Th. GENICON. On notera que cette solution est toujours appliquée en matière de vice caché, concernant l'option entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire : v. Riom, ch. civ. 1, 2 décembre 2013, n° 13/00057, Juris-Data n° 2013-029113 : « Attendu qu'en matière de vices cachés l'acquéreur a, en application des dispositions de l'article 1645 du code civil, le choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire ; qu'il peut ainsi modifier son choix tant qu'il n'a pas été statué sur sa demande par une décision passée en force de chose jugée ou que le vendeur n'a pas acquiescé et donc même en cause d'appel il peut modifier son option, sans que puisse lui être opposée l'application des dispositions de l'article 564 du code de procédure civile quant au caractère nouveau de sa demande ».

était nouvelle, donc irrecevable. La Cour de cassation lui donna raison, arguant que « l'action en résiliation, qui a pour effet de mettre à néant le contrat de bail, ne tend pas aux mêmes fins que la demande tendant à l'application de clauses de ce contrat, qui le laisse subsister ». La deuxième chambre civile de la Cour de cassation a repris le raisonnement dans un arrêt du 8 septembre 2011 et jugé que « la demande de résolution qui vise à mettre à néant le contrat ne tend pas aux mêmes fins que la demande d'exécution sous astreinte qui le laisse subsister »<sup>256</sup>.

C'est dire combien le pouvoir de substitution que détient le juge dans l'instance en résolution repose sur des assises fragiles. Tout dépend de l'interprétation des « fins » de la demande ou de l'objet du litige. Celle-ci peut être plus ou moins large comme en témoigne la jurisprudence elle-même. Les deux interprétations (stricte et large) apparaissant toutes deux défendables dans l'abstrait, il semble que les solutions retenues soient davantage guidées par des considérations de politique juridique que des considérations conceptuelles<sup>257</sup>.

A ce titre, la conception souple du principe dispositif retenue par la jurisprudence traditionnelle en matière de résolution du contrat est approuvée précisément par la doctrine en raison du fait qu'elle donne un effet pleinement utile au pouvoir souverain des juges du fond dans la détermination de la sanction afin qu'ils puissent ordonner librement la mesure adéquate – sauf à respecter le principe du contradictoire<sup>258</sup>.

**571.** Tributaire de considérations politiques, la définition de l'objet du litige varie donc au gré des matières et des constellations.

Ainsi, le principe dispositif est-il appliqué plus strictement lorsque le créancier demande non pas la résolution du contrat mais son exécution forcée en nature. En effet, la Cour de cassation interdit régulièrement aux juges du fond de prononcer la résolution du contrat ou de condamner le débiteur à des dommages-intérêts lorsque le

<sup>255</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, Bull. III, n° 14, RDC 2010, p. 825, note Th. GENICON, RDC 2010, p. 909, note J.-B. SEUBE, RDC 2010, p. 935, note Y.-M. SERINET, JCP 2010, n° 18, 516, obs. P. GROSSER.

<sup>256</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 8 septembre 2011, Bull. II, n° 163 ; RTD civ. 2011, p. 762, obs. B. FAGES.

<sup>257</sup> V. la réflexion de Th. GENICON, « Retour sur l'option entre exécution forcée et résolution : un revirement de jurisprudence regrettable », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, RDC 2010, p. 827 et s.

<sup>258</sup> V. en particulier Th. GENICON, note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, RDC 2013, p. 890 et s.

créancier a opté pour l'exécution en nature<sup>259</sup>. Pour ce faire, la haute juridiction s'appuie à la fois sur l'article 4 CPC et sur l'article 1184 C. civ.<sup>260</sup>. Le pouvoir de substitution ne fonctionne donc pas dans tous les sens<sup>261</sup>. On peut certainement y voir le signe de l'existence d'une certaine hiérarchie *judiciaire* entre les sanctions, le maintien du contrat primant sur son anéantissement<sup>262</sup>.

On retrouve cette même application rigoureuse du principe dispositif en matière de vices cachés. La Cour de cassation a très clairement affirmé dans un arrêt du 22 novembre 1988<sup>263</sup> rendu au double visa des articles 1644 C. civ. et 4 du (nouveau) Code de procédure civile que la juridiction du fond saisie d'une action réhibitoire « ne pouvait statuer sur l'action en réduction du prix dont elle n'était pas saisie »<sup>264</sup>. Cette solution procédurale s'accorde là encore avec le droit substantiel : en effet, selon une jurisprudence constante, le choix entre l'action estimatoire et réhibitoire relève de la seule appréciation de l'acquéreur qui est donc le véritable maître du choix de la sanction du vice caché<sup>265</sup>. Bien qu'elle doive être prononcée par le juge, la résolution du contrat n'en constitue pas moins un véritable droit pour l'acquéreur, à la différence du droit commun de la résolution.

## SECTION II - RÉOLUTION JUDICIAIRE ET DROIT DISCRÉTIONNAIRE DU CRÉANCIER

**572.** Très tôt, nous avons eu l'occasion de souligner combien le fait de doter le juge d'un pouvoir discrétionnaire avait pour effet de priver les parties du droit d'obtenir une certaine mesure de leur choix (v. supra). Au vu du large pouvoir d'appréciation reconnu au juge dans le droit commun de la résolution, il est impossible de prétendre que l'inexécution fait naître un droit à la résolution au profit

<sup>259</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 1963, Bull. I, n° 157 ; Com., 24 avril 1990, n° 88-19403 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2012, n° 11-14.587.

<sup>260</sup> V. Com., 24 avril 1990, n° 88-19403.

<sup>261</sup> Comme l'exprime P. GROSSER, « L'ordonnement des remèdes », art. préc., n° 18, p. 116, le pouvoir de substitution « ne fonctionne qu'en sens unique ».

<sup>262</sup> V. en particulier P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. préc., n° 601 et s. ; le même, « L'ordonnement des remèdes », art. préc., n° 18, p. 116 et s.

<sup>263</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 1988, Bull. I, n° 334.

<sup>264</sup> M. LAMOUREUX, th. préc., n° 354. Cassation de l'arrêt qui n'avait alloué à l'acheteur que des dommages-intérêts, bien que celui-ci eût agi en résolution de la vente, au motif que la chose à restituer était usagée et « que la solution consiste, pour ne pas le faire bénéficier d'une voiture gratuite pendant deux ans, à lui accorder une remise de la moitié du prix de vente ».

<sup>265</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, Bull. III, n° 191.

du créancier<sup>266</sup>. Bien au contraire, en l'état du droit positif, le créancier est soumis au bon vouloir du juge : en droit français, « le créancier propose, le juge dispose »<sup>267</sup>.

Nombreux sont les auteurs qui considèrent que la résolution du contrat ne saurait être abandonnée à la discrétion du créancier<sup>268</sup>. Et pourtant, le codificateur français a bien prévu certains régimes spéciaux qui confèrent au créancier un véritable droit discrétionnaire d'obtenir la résolution du contrat. Il s'agit pour l'heure encore de régimes d'exception (§ 1). Il en va autrement en droit allemand où la résolution du contrat a de tout temps été considérée comme un droit subjectif du créancier, même lorsqu'elle devait être prononcée par le juge, ce qui explique un passage plus simple vers le modèle de résolution unilatérale (§ 2).

### **§ 1. DROIT DU CRÉANCIER À LA RÉOLUTION DU CONTRAT : UN MODÈLE D'EXCEPTION EN DROIT FRANÇAIS**

**573.** C'est dans le domaine du droit spécial que le législateur français a conféré au créancier et non au juge le choix de la résolution du contrat. Il en va ainsi en droit de la vente (A) et en droit de la consommation (B). Face au développement de ces régimes spéciaux, on peut se demander si ce modèle de résolution judiciaire fondé sur un véritable droit du créancier à la résolution du contrat n'a pas vocation à se généraliser (C).

#### **A. L'ACTION RÉDHIBITOIRE DE L'ARTICLE 1644 C. civ.**

**574.** Pour les contrats de vente, le législateur français a prévu un régime spécifique de sanctions en cas de vice caché. L'article 1644 C. civ. dispose que « l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix, telle qu'elle sera arbitrée par experts ».

---

<sup>266</sup> C'est un point sur lequel insiste également Th. GENICON, th. préc., n° 353 et 625.

<sup>267</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 353. Rapp. L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », art. préc., p. 64 : « Mais une chose est de la demander [la résolution], autre chose de l'obtenir ».

<sup>268</sup> V. en ce sens Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, op. cit., n° 259 ; H. CAPITANT, *De la cause*, Dalloz, 1923, n° 147, p. 312 : « Mais, ajoutons-le sur le champ, cette option [entre la résolution et l'exécution forcée] ne doit pas dépendre exclusivement de sa volonté [celle du créancier], car il pourrait en abuser au détriment de son adversaire même fautif » (cité d'après J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001, n° 429, note 3).

Ce dernier a donc le choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire, toutes deux issues du droit romain.

Ainsi, la vente, qui fait souvent office de modèle pour les autres contrats, connaît-elle une forme particulière de résolution résultant de la mise en œuvre de la garantie des défauts cachés (articles 1641 et s. C. civ.)<sup>269</sup>.

C'est à l'article 1641 C. civ. que le législateur vient préciser la nature exacte des vices permettant la résolution de la vente : il s'agit des « défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

**575.** On commencera par rappeler que le vice caché de la chose se distingue de la non-conformité de la chose aux spécifications contractuelles. La jurisprudence retient aujourd'hui un critère conceptuel : chacune des institutions a un objet différent<sup>270</sup>. La résolution (de droit commun) sanctionne, outre le défaut de délivrance ou son retard, la différence entre la chose promise et la chose livrée, tandis que le vice s'entend d'un défaut rendant la chose impropre à son usage<sup>271</sup>. La notion de vice est donc de nature juridique et soumise en cela au contrôle de la Cour de cassation<sup>272</sup>.

Il ressort du texte de l'article 1641 C. civ. que, pour que le vendeur se trouve tenu à garantie, il faut que quatre conditions soient réunies : en premier lieu, la chose doit avoir un défaut ; en deuxième lieu, ce défaut doit la rendre impropre à l'usage auquel elle était destinée, *et donc revêtir une certaine gravité* ; en troisième lieu, il doit être caché ; en quatrième et dernier lieu, il doit être antérieur ou concomitant à la vente<sup>273</sup>. Il n'est pas question ici d'analyser en détail les conditions posées par ce

---

<sup>269</sup> Ch. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire, op. cit.*, n° 250. Certains arrêts qualifient bien l'action rédhibitoire de résolution : v. par ex. Versailles, 7 janvier 2000, Contrats, conc. consom. 2000, comm. 120, note G. RAYMOND ; Toulouse, ch. 2, section 1, 25 septembre 2013, n° 280, 11/05221, Juris-Data n° 2013-022573. *Contra* P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, th. Poitiers, préf. Ph. RÉMY, Paris, LGDJ, 2005, n° 48 et s. L'auteur conteste l'assimilation de l'action rédhibitoire à l'action résolutoire, en raison du fait que la réhibition ne sanctionnerait pas l'inexécution de l'obligation du vendeur ; pour lui, elle constitue une variété d'action en répétition.

<sup>270</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2012, n° 285.

<sup>271</sup> *Ibid.* V. notamment Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1993, D. 1994, p. 212.

<sup>272</sup> La haute juridiction exerce ici un contrôle de la qualification juridique des faits. V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, Bull. I, n° 139, Contrats, conc. consom. 2005, comm. 129, note L. LEVENEUR (récusant l'existence d'un vice caché s'agissant du kilométrage erroné ou du numéro de série falsifié).

<sup>273</sup> O. BARRET, Rép. civ., v° Vente (3<sup>e</sup> effets), n° 540.

texte mais de remarquer plus généralement que le législateur a posé des conditions plus précises que dans le droit commun des contrats. Certes, bien qu'elles s'énoncent simplement, les conditions sus-mentionnées n'en sont pas moins sujettes à interprétation<sup>274</sup>. La seconde en particulier – la condition de gravité – confère indéniablement une certaine marge d'appréciation au juge.

**576.** Mais le rôle du juge se limite ici à vérifier si les conditions légales sont réunies. Ce « pouvoir de vérification » est d'une autre nature que le « pouvoir de substitution » que détient le juge dans le droit commun de la résolution<sup>275</sup>. Ce que doit faire le juge, c'est se prononcer sur l'existence d'un vice caché au sens de l'article 1641 C. civ. et, en fonction de la réponse, accueillir ou rejeter l'action dont l'a saisi l'acquéreur<sup>276</sup>. Autrement dit, si les conditions légales sont réunies, le juge doit faire droit à la demande de résolution de l'acquéreur. Il n'a pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité du prononcé de la résolution.

Comme l'exprime de manière constante la jurisprudence, le choix entre l'action estimatoire et l'action rédhibitoire prévu à l'article 1644 C. civ. appartient à l'acheteur et non au juge qui n'a pas à motiver sa décision sur ce point<sup>277</sup>. Le juge est tout bonnement lié par le choix opéré par l'acheteur. Ce dernier n'a pas à se justifier non plus du choix qu'il fait entre les deux actions<sup>278</sup>, d'où l'idée qu'il dispose en la matière d'un choix discrétionnaire<sup>279</sup>. Le vice caché fait donc naître au profit de l'acheteur un véritable droit à la résolution, même si celle-ci est prononcée par le juge. Ce droit peut être qualifié de discrétionnaire en ce sens qu'il est laissé à la décision de l'acheteur<sup>280</sup>. C'est précisément l'une des particularités de l'action

<sup>274</sup> Un aspect souligné par Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012/2013, n° 52.80.

<sup>275</sup> Sur cette opposition entre pouvoir de vérification et pouvoir de substitution, v. P. GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes », art. préc., n° 17 et s., p. 115 et s.

<sup>276</sup> L. LEVENEUR, « Garantie des vices cachés : liberté de choix de l'acheteur entre les diverses actions possibles », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, *Contrats, conc., consom.* 2011, comm. 2. Le juge rejettera l'action par exemple si l'acheteur n'est pas en mesure de restituer la chose (v. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1994, Bull. I, n° 23) ou lorsque le défaut n'est pas assez grave pour constituer un vice rédhibitoire (v. Nîmes, ch. civ., 8 novembre 2011, n° 10/05933).

<sup>277</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, Bull. III, n° 191. La formule est reprise régulièrement par les juges du fond. V. par ex. Paris, 6 octobre 1995, RJDA 1996, n° 211.

<sup>278</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 1995, Bull. I, n° 216.

<sup>279</sup> V. Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, *op. cit.*, n° 52.217.

<sup>280</sup> Traditionnellement, le droit discrétionnaire est défini en droit français comme un droit dont l'exercice ne peut être contrôlé par le juge (v. nos développements supra). C'est pour déplorer l'absence d'un contrôle a minima de la part du juge sur le choix effectué par l'acheteur que certains évoquent ici l'existence d'un droit discrétionnaire (de l'acheteur) en la matière : v. P.-Y. GAUTIER, « Pas de hiérarchie des remèdes dans le droit commun de la garantie des vices cachés », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, RTD civ. 2011, p. 141. Rapp. G.



rédhibitoire que de conférer à l'acquéreur, non au juge, le pouvoir de décider de l'anéantissement du contrat<sup>281</sup>.

**577.** On notera qu'aucune priorité n'est donnée au maintien du contrat. En se fondant sur la liberté de choix dont dispose l'acheteur au titre de l'article 1644 C. civ., la Cour de cassation considère que les juges du fond n'ont pas à « procéder à une recherche sur la possibilité de réparer les défauts à un faible coût »<sup>282</sup>. Ainsi, le vendeur ne peut faire obstacle à l'action en résolution en proposant à l'acheteur d'effectuer les réparations qui s'imposent<sup>283</sup> ou en procédant (de sa propre initiative) à la remise en état de la chose viciée<sup>284</sup>. Il en va toutefois autrement lorsque l'acheteur a accepté la réparation proposée par le vendeur et que le vice a disparu. Dans ce cas, la Cour de cassation considère que l'acheteur « ne peut plus invoquer l'action en garantie (...) mais peut solliciter l'indemnisation du préjudice éventuellement subi du fait de ce vice »<sup>285</sup>. Mais c'est là la seule limite à l'action rédhibitoire.

Dans la garantie des vices cachés, et contrairement au droit commun des conventions, le droit d'option de l'acheteur, prévu par l'article 1644 C. civ., est donc respecté à la lettre par la jurisprudence.

Dans un souci d'exhaustivité, on remarquera toutefois que le juge semble se réattribuer un certain pouvoir d'appréciation sur le point de savoir si le contrat doit ou non être résolu lorsqu'il est saisi des deux actions rédhibitoire et estimatoire, l'une

PIGNARRE, « Vice réparé et action en résolution, nouveaux rebondissements : La liberté retrouvée de l'acquéreur d'exercer l'option conférée par l'article 1644 du code civil », D. 2000, p. 290 (qui évoque un droit de résolution discrétionnaire conféré à l'acheteur pour marquer que celui-ci dispose d'une liberté de choix absolue).

<sup>281</sup> V. à ce titre O. BARRET, Rép. civ., v° Vente (3° effets), n° 619, qui relève une double particularité de l'action rédhibitoire par rapport à l'action résolutoire du droit commun : le pouvoir de décision conféré à l'acheteur et le fait que l'action doive être intentée dans un délai limité de deux ans (v. art. 1648 C. civ.).

<sup>282</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, Bull. III, n° 191. En l'espèce, le propriétaire d'un appartement l'avait vendu à un acquéreur. Se plaignant de nuisances acoustiques et d'infiltrations, que le vendeur connaissait, l'acquéreur avait demandé la résolution de la vente sur le fondement de la garantie des vices cachés. Le vendeur évoquait la possibilité de réparer les désordres, à un faible coût, et reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si cette possibilité n'était pas de nature à empêcher le prononcé de la résolution de la vente. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation.

<sup>283</sup> V. en ce sens déjà Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 1995, Bull. I, n° 216.

<sup>284</sup> V. Civ. 3<sup>e</sup>, 17 février 1988, Bull. III, n° 38 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 1998, n° 96-14660. *Contra* Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1997, Bull. I, n° 351.

<sup>285</sup> Com., 1<sup>er</sup> février 2011, n° 10-11.269, Bull. IV, n° 15, Contrats, conc. consom. 2011, comm. 111, obs. L. LEVENEUR ; Com. 4 juin 2013, n° 12-17.786.

à titre principale, l'autre à titre subsidiaire. La Cour de cassation, suivie en cela par certaines juridictions du fond<sup>286</sup>, a jugé en effet que « saisie d'une action rédhibitoire à titre principal et estimatoire à titre subsidiaire, la cour d'appel a pu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la gravité du vice invoqué, retenir que celui-ci n'était pas de nature à justifier la demande en résolution de vente, mais était suffisamment grave pour justifier une diminution de prix »<sup>287</sup>, ce qui évoque la logique de l'article 1184 C. civ. Reste que l'acheteur peut préserver son droit de résolution discrétionnaire en s'abstenant de formuler une demande subsidiaire en réduction du prix.

En l'état actuel du droit, la résolution est la sanction privilégiée de la garantie dans la pratique judiciaire<sup>288</sup>. Certains le déplorent, que ce soit pour des raisons économiques ou morales, au point d'encourager les tribunaux à porter une appréciation sur la demande de l'acheteur, à l'image de ce qui est fait sur le fondement de l'article 1184 C. civ.<sup>289</sup> Afin d'asseoir ce pouvoir d'appréciation, qui permettrait de laisser toute sa chance au contrat, on se réfère également au régime de la garantie de conformité au consommateur, établi par l'ordonnance du 17 février 2005 transposant la directive 1999/44/CE<sup>290</sup>. Il faut donc l'envisager à présent.

## ***B. LA RÉOLUTION DU CONTRAT PRÉVUE PAR L'ARTICLE L. 211-10 C. consom.***

**578.** De prime abord, il faut reconnaître qu'il n'est pas aisé de cerner précisément le modèle de résolution retenu par l'article L. 211-10 C. consom. pour

---

<sup>286</sup> V. Bordeaux, ch. civ. 01 sect. B, 30 septembre 2009, n° 08/02318 : « Attendu que le choix entre l'action rédhibitoire et l'action estimatoire n'appartient qu'à l'acheteur, de telle sorte que la Cour, en l'absence de toute demande subsidiaire estimatoire de la part [de celui-ci], qui n'a pas à justifier son choix, ne peut se livrer à une appréciation de la gravité du vice pour arbitrer une réduction du prix ; Qu'en conséquence, il convient de faire droit à la demande de restitution du prix payé ».

<sup>287</sup> Com., 6 mars 1990, Bull. IV, n° 75.

<sup>288</sup> Pour un tel constat, v. J. HUET, J.-Cl. Civ., Art. 1641 à 1649, Fasc. 50, n° 14. Notons qu'avant la réforme du droit allemand des obligations, qui est venue réformer également le droit de la vente, il en allait de même en Allemagne : le droit à la résolution (unilatérale) du contrat pour cause de vice constituait la règle et non l'exception. Avec la réforme, ce rapport s'est inversé, ce qui réjouit certains. V. Ch. BALDUS, « Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht – Zur Konkretisierung der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, op. cit.*, p. 15 et s.

<sup>289</sup> Pour un plaidoyer en ce sens : P.-Y. GAUTIER, « Pas de hiérarchie des remèdes dans le droit commun de la garantie des vices cachés », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, RTD civ. 2011, p. 141, qui ne manque pas d'observer qu'il n'y a nullement besoin d'une réforme pour ce faire, « le texte de l'article 1644 n'interdi[sant] pas une telle interprétation, dès maintenant ».

<sup>290</sup> V. P.-Y. GAUTIER, art. préc.

les contrats de consommation. D'une part, il n'est pas encore clairement établi s'il s'agit (exclusivement) d'une résolution judiciaire ou unilatérale (1). D'autre part, au vu de la hiérarchie des droits qui a été instituée par le législateur, on pourrait hésiter à parler ici d'un droit de résolution discrétionnaire au profit du consommateur (2). Autant de considérations qui pourraient faire douter de sa place dans cette sous-section.

### *1. Une résolution judiciaire ?*

**579.** Aux termes de l'article L. 211-10 C. consom., « Si la réparation et le remplacement du bien sont impossibles, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix ou garder le bien et se faire rendre une partie du prix ». Si l'on excepte le début de la proposition, on retrouve ici la formulation de l'article 1644 C. civ. Le texte ne précise pas si la résolution du contrat est judiciaire, unilatérale ou les deux à la fois. La directive 1999/44/CE a laissé sur ce point toute liberté aux Etats membres en considérant que « les modalités de résolution du contrat peuvent être fixées par le droit national »<sup>291</sup>.

En faisant écho à l'article 1644 C. civ., le libellé de l'article L. 211-10 C. consom. laisse sous-entendre dans un premier temps que pour obtenir la résolution du contrat, le consommateur doit intenter une action en justice à l'image de l'action rédhibitoire. Le dernier alinéa de l'article L. 211-10 C. consom. vient corroborer la thèse de la résolution judiciaire en énonçant que « La résolution de la vente ne peut toutefois être prononcée si le défaut de conformité est mineur »<sup>292</sup>. En même temps, il faut reconnaître que la logique qui sous-tend la directive 1999/44/CE, qui fait ici l'objet d'une transposition, parle davantage en faveur d'une résolution unilatérale. Nous avons évoqué de façon préliminaire le poids des mots : on relèvera à ce titre que la directive a institué non pas des sanctions mais des *droits* au profit du consommateur, en cas de défaut de conformité. Elle s'inscrit donc pleinement dans une logique remédiale : « elle expose (...) [d]es remèdes proposés directement aux parties contractantes afin qu'elles puissent elles-mêmes, idéalement sans intervention

<sup>291</sup> Considérant 15 de la directive 1999/44/CE.

<sup>292</sup> V. O. SALVAT, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ? », *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 18, n° 10, p. 12, qui conclut sur ce point que « C'est bien l'application du principe de la résolution judiciaire établi par l'article 1184 du Code civil ».

judiciaire, remédier à la non-conformité »<sup>293</sup>. Il s'agit donc *a priori* de « droits sans juge »<sup>294</sup>.

La jurisprudence ne permet pas de trancher véritablement entre les deux thèses, ce qui pourrait indiquer que les deux modalités de résolution sont admises. Tel est du moins l'enseignement qui ressort d'un jugement de première instance, instructif à plusieurs titres<sup>295</sup>. Les faits qui ont donné lieu au jugement sont des plus banals : un consommateur fait l'acquisition d'un appareil électroménager auprès d'une société. Un premier défaut est signalé et réparé dans le mois de l'acquisition. Mais la réparation se révèle ineffective car le premier défaut réapparaît, en sus d'un autre, plus important. Le consommateur déçu exige alors du vendeur la reprise de l'appareil et son remboursement. D'abord de sa propre initiative, ensuite par l'entremise d'une association de consommateurs, l'UFC Que choisir. On apprend que cette dernière a écrit à la société venderesse « pour solliciter l'application de l'article L. 211-10 du code de la consommation et donc la restitution du bien et du prix de vente ». C'est dire que le consommateur avait procédé à une résolution unilatérale du contrat. En réponse, le vendeur tente une nouvelle fois de réparer l'appareil. Le consommateur intente alors une action en résolution de la vente et en restitution du prix. Le tribunal saisi fait droit à sa demande en relevant que les articles L. 211-9 et s. C. consom. « prévoient une sanction automatique dès lors que la solution choisie par l'acheteur, réparation ou remplacement de bien, n'a pu être mise en œuvre dans le délai d'un mois (...) ». L'idée d'une sanction automatique pourrait suggérer à première vue une troisième voie, entre la résolution unilatérale et la résolution judiciaire : une résolution qui n'aurait besoin d'être prononcée ni par le juge, ni par le créancier. Il n'en est pourtant rien. Comme on le verra plus loin, la référence à l'automaticité de la sanction sert plutôt à indiquer que le juge ne bénéficie en la matière d'aucun pouvoir d'appréciation. Après avoir relevé qu'il s'agissait en l'espèce d'un défaut de conformité important empêchant le fonctionnement normal de l'appareil et nécessitant le changement d'une pièce essentielle – que le défaut allégué

---

<sup>293</sup> N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les contrats de consommation. Règles communes*, Paris, LGDJ, 2013, n° 747 et 755. Notons qu'elle rejoint en cela la politique actuelle de la Commission européenne qui consiste à « déjudiciariser » les litiges de la consommation : v. en ce sens déjà G. PIGNARRE, « Les droits de l'acheteur dans la directive du 25 mai 1999 relative à la vente : actualité d'un texte communautaire à la veille de sa transposition », PA 27 octobre 2004, p. 5 et s.

<sup>294</sup> N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *ibid.*

<sup>295</sup> V. TI Nice, 7 novembre 2006, n° 11-06-002218, D. 2007, p. 441, obs. C. RONDEY.

n'était donc pas « mineur » au sens de l'article L. 211-10 *in fine* C. consom. – et que par ailleurs, le vendeur n'avait pas dans le délai d'un mois (v. art. L. 211-10 1° C. consom.) fait effectuer les réparations ou remplacer l'appareil, le tribunal a jugé qu'il y avait lieu de « *prononcer* la résolution de la vente intervenue entre les parties »<sup>296</sup>. La formulation retenue, reprise régulièrement par les juges du fond<sup>297</sup>, conforte la thèse de la résolution judiciaire, sans fermer la voie pour autant à la possibilité d'une résolution unilatérale. En effet, le tribunal n'a à aucun moment reproché au consommateur d'avoir tenté dans un premier temps d'obtenir la résolution sans passer par le juge. Le fait qu'il existe peu de jurisprudence rendue sur le fondement des textes en question semble accréditer cette idée.

## 2. Un droit de résolution discrétionnaire du consommateur ?

**580.** Qu'elle soit mise en œuvre unilatéralement, ou, à défaut de réaction du vendeur, demandée au juge qui la prononcera, la résolution prévue par l'article L. 211-10 C. consom. est soumise à de nombreuses conditions. Elle ne peut être demandée que dans trois hypothèses :

lorsque la réparation et le remplacement du bien (remèdes en nature) sont impossibles (art. L. 211-10 al. 1)<sup>298</sup>

si le remède en nature demandé, proposé ou convenu ne peut être mis en œuvre dans le délai d'un mois suivant la réclamation de l'acheteur (art. L. 211-10 1°)

ou si cette solution ne peut l'être sans inconvénient majeur pour celui-ci compte tenu de la nature du bien et de l'usage qu'il recherche.

Le dernier alinéa de l'article L. 211-10 conditionne en outre la résolution du contrat à un défaut de conformité qui ne soit pas mineur<sup>299</sup>. Toutes ces conditions marquent le caractère subsidiaire de la résolution.

---

<sup>296</sup> Nous soulignons.

<sup>297</sup> V. par ex. Douai, ch. 1, section 1, 15 novembre 2010, n° 09/07111.

<sup>298</sup> Cette hypothèse devrait s'avérer assez rare puisque la CJUE a jugé que lorsque l'un des deux modes est impossible, le vendeur ne saurait refuser l'autre au motif qu'il lui imposerait des coûts disproportionnés : v. CJUE, 16 juin 2011, C-65/09 (*Weber*) et C-87/09 (*Putz*), et notre note publiée aux PA 30 novembre 2011, p. 32 et s.

<sup>299</sup> Certains relèvent que le seuil d'exigence de gravité qui est posé ici est plus faible que celui qui est retenu habituellement par la jurisprudence sur le fondement de l'article 1184 C. civ. (critère de la gravité suffisante) : v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n° 754.

Ces conditions restrictives font dire aux auteurs que la résolution du contrat (tout comme la réduction du prix qui connaît les mêmes conditions, exceptée la dernière concernant le caractère mineur du défaut) n'est pas librement choisie par l'acquéreur insatisfait<sup>300</sup>. Est-ce-à-dire pour autant qu'elle est choisie librement par le juge ?

Certaines voix le soutiennent au motif que les conditions posées par l'article L. 211-10 C. consom. sont imprécises et floues, plaçant le juge au centre du mécanisme des droits en question<sup>301</sup>. Il est indéniable que la notion de « défaut mineur » ou celle « d'inconvénients majeurs » confèrent une certaine marge d'appréciation au juge. La CJUE a reconnu elle-même que la qualification juridique du défaut de conformité du bien (l'appréciation de la gravité du défaut) dépendait de manière déterminante de l'instruction menée par le juge saisi du litige, si bien qu'il est difficile pour le consommateur d'anticiper le résultat de l'analyse et donc le bien-fondé de son action<sup>302</sup>. Il n'est pas moins vrai que la notion de « défaut de conformité mineur » est une notion juridique, soumise (théoriquement) au contrôle de la CJUE<sup>303</sup>, de sorte que les juges ne peuvent porter un jugement de pure opportunité. Il semble au demeurant que ce soit la notion « d'inconvénients majeurs pour le consommateur » qui cristallise les critiques<sup>304</sup>, alors qu'en pratique, elle n'a à notre connaissance encore jamais donné lieu à contentieux. On notera que le législateur français a réduit par ailleurs le

---

<sup>300</sup> V. parmi d'autres Ph. LE TOURNEAU, « La transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999. Troisième thème : les droits de l'acheteur », JCP Cah. dr. entr., n° 1, supplément 2003, p. 12 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les contrats de consommation. Règles communes*, op. cit., n° 754.

<sup>301</sup> V. en particulier L. GAUDIN, « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », D. 2008, n° 16 et s., p. 631 et s.

<sup>302</sup> CJUE 3 octobre 2013, aff. C-32/12 *Soledad Duarte Hueros c/ Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*, pt. 40.

<sup>303</sup> V. à ce titre le § 57 des conclusions de l'avocat général J. KOKOTT présentées le 28 février 2013, aff. C-32/12 *Soledad Duarte Hueros c/ Autociba SA, Automóviles Citroën España SA* : « Cependant, comme la question du caractère mineur du défaut est une question d'interprétation du droit de l'Union, nous nous permettons d'ajouter l'indication suivante : la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée à ce jour sur l'interprétation du terme "mineur" contenu à l'article 3, paragraphe 6, de la directive 1999/44 ».

<sup>304</sup> V. L. GAUDIN, art. préc., n° 27 et 29 : « L'appréciation de cette notion représente un enjeu capital pour la protection de l'acheteur » ; « Indéniablement, l'appréciation de cette notion ne peut qu'être source de contentieux ». On notera que le législateur allemand n'a pas repris cette notion/condition au motif qu'elle prêtait à confusion. Pour le législateur allemand, admettre la résolution après obtention de la mise en conformité constitue une aberration (v. BT-Drucks. 14/6040, p. 223). Or, telle qu'elle est formulée, la directive pourrait être interprétée en ce sens que la résolution et la réduction du prix peuvent être demandées alors même que le bien a été mis en conformité mais que celle-ci était liée à des inconvénients majeurs pour le consommateur. Selon le législateur allemand, cette solution ne peut avoir été voulue par le législateur européen. Pour lui, la condition essentielle réside dans l'écoulement d'un certain délai sans que le vendeur n'ait procédé à la mise en conformité. D'après lui, la directive doit être comprise en ce sens qu'elle permet au consommateur de demander la résolution du contrat ou la réduction du prix dès lors qu'il apparaît que la mise en conformité ne pourra être mise en œuvre sans inconvénient majeur pour le consommateur, ce qui peut se constater avant même le commencement du délai ou pendant l'écoulement de celui-ci. C'est pourquoi la loi allemande prévoit des cas qui permettent au consommateur de mettre en œuvre les droits secondaires sans avoir à fixer au vendeur un délai pour qu'il procède à la mise en conformité du bien (v. le § 440 BGB).

pouvoir d'appréciation du juge s'agissant du délai dans lequel doit être mis en œuvre le remède en nature puisqu'il a fixé un délai précis d'un mois là où la directive se contentait d'imposer au vendeur un « délai raisonnable » (art. 3 al. 5 de la directive)<sup>305</sup>. Cela n'a pas empêché certains auteurs de se demander si le juge ne pourrait pas tout de même accorder un nouveau délai d'exécution au vendeur sur le fondement de l'article 1184 al. 3 C. civ.<sup>306</sup>

**581.** Il semble qu'on puisse répondre par la négative. Les (rares) arrêts rendus sur le fondement de l'article L. 211-10 C. consom. dénotent la tendance des juges du fond à respecter scrupuleusement les conditions posées par le texte. Ils ne prononcent la résolution qu'après avoir vérifié point par point que les conditions légales sont remplies. La Cour de cassation veille d'ailleurs à ce qu'ils précisent le texte sur le fondement duquel ils prononcent la résolution du contrat de vente<sup>307</sup>. Le jugement du tribunal d'instance de Nice précité est particulièrement instructif sur l'étendue du pouvoir d'appréciation que se reconnaît le juge en ce domaine. Rappelons qu'en l'espèce, après l'apparition d'un défaut de conformité du bien acheté, le consommateur avait sollicité la reprise de l'appareil et son remboursement, demandes auxquelles le vendeur avait préféré répondre par sa réparation. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le tribunal a fait droit à la demande de résolution du consommateur non sans rappeler préalablement que les articles L. 211-9 et suivants C. consom. « prévoient une sanction automatique dès lors que la solution choisie par l'acheteur, réparation ou remplacement de bien, n'a pu être mise en œuvre dans le délai d'un mois *sans laisser d'appréciation sur le comportement du vendeur et ses éventuelles difficultés pour y procéder* »<sup>308</sup>. L'idée d'automaticité de la résolution sert à indiquer que le juge est lié par la demande en résolution du consommateur dès lors que les conditions légales sont réunies. Un tel raisonnement ferme la voie à la logique qui sous-tend l'article 1184 C. civ., ce qui exclut notamment l'octroi de délais

---

<sup>305</sup> On notera qu'à l'instar du droit français, la proposition relative à un droit commun européen de la vente exige du vendeur qu'il mette le bien en conformité « dans un délai raisonnable, inférieur ou égal à 30 jours » : v. COM(2011) 635 final, art. 111 al. 2.

<sup>306</sup> Pour une telle interrogation : L. GAUDIN, « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », art. préc., n° 21.

<sup>307</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 2013, n° 12-23.846, 1063 : cassation, pour violation de l'article 12 CPC, d'un jugement qui s'était référé à la fois aux art. L. 211-1 et s. C. consom. et à l'article 1644 C. civ. pour résoudre un contrat. La haute juridiction a jugé qu'il devait préciser la qualification qu'il excluait et celle qu'il retenait.

<sup>308</sup> Nous soulignons.

d'exécution supplémentaires<sup>309</sup>. La démarche des juges du fond est parfaitement conforme à la logique de la directive 1999/44/CE qui a octroyé des droits au consommateur : ici, dire qu'on a le droit de demander quelque chose ne signifie rien d'autre qu'on a le droit de l'obtenir<sup>310</sup>.

Certes, en étant soumis à de multiples conditions, le droit de résolution du consommateur n'est pas aussi absolu que celui que détient l'acquéreur sur le fondement de l'article 1644 C. civ. Il n'en revêt pas moins un caractère discrétionnaire au sens où nous l'entendons. Encore une fois, ce n'est pas dans le sens d'un droit subjectif absolu, incontrôlable que nous utilisons le mot discrétionnaire mais plutôt pour marquer que la décision de résoudre le contrat appartient au créancier et non au juge, lequel doit faire droit à sa demande lorsque les conditions légales sont remplies. Telle est bien la logique qui sous-tend l'article L. 211-10 C. consom. : derrière le prononcé judiciaire de la résolution se profile un droit du consommateur à la résolution.

### ***C. SYNTHÈSE ET PERSPECTIVE : LE MODÈLE DE RÉSOLUTION JUDICIAIRE DE DEMAIN ?***

**582.** En dehors du droit commun de l'inexécution, le caractère judiciaire de la résolution n'est pas synonyme nécessairement de pouvoir discrétionnaire du juge. Comme le démontrent les régimes spéciaux de la garantie des vices cachés (art. 1644 C. civ.) et de la garantie de conformité (art. L. 211-10 C. consom.), le prononcé de la résolution par le juge n'empêche pas que le créancier soit le maître du choix de la mesure. La multiplication de ces régimes spéciaux de résolution invite à se demander s'ils n'auraient pas vocation à influencer le régime du droit commun de la résolution. Si la question mérite d'être posée, cela nous semble toutefois peu probable (1). En

---

<sup>309</sup> L'idée que le juge ne peut octroyer un délai de grâce au vendeur (en sus de l'écoulement du délai légal d'un mois pour la mise en conformité du bien) et se voit donc privé de tout pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de prononcer la résolution, se voit confortée par d'autres arrêts. V. en particulier Douai, Chambre 1, section 1, 15 novembre 2010, n° 09/07111, ayant jugé que la proposition du vendeur de remplacer les biens défectueux formulée en cause d'appel doit être rejetée comme étant tardive et que par conséquent, la résolution du contrat doit être prononcée.

<sup>310</sup> V. sur ce point M. TENREIRO, « La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation », REDC 1996, p. 208, note 43. L'arrêt préc. de la CJUE en date du 3 octobre 2013 (aff. C-32/12 *Soledad Duarte Hueros c/ Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*) est fort révélateur à ce titre, montrant que le droit du consommateur ne s'entend pas seulement au sens substantiel du terme mais aussi au sens procédural : il a rappelé que le principe d'effectivité exigeait qu'une disposition procédurale nationale ne rende pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par la directive.



revanche, une évolution du droit commun de la résolution pourrait résulter de la réforme du droit des contrats (2).

### ***1. L'impact limité des régimes spéciaux sur la résolution de droit commun***

**583.** Il nous semble peu probable que les régimes spéciaux de résolution aient une quelconque influence sur le régime de la résolution de droit commun dans un proche avenir.

D'une part, parce que le gouvernement a pris le parti de ne réformer que le droit commun des contrats, sans réformer en même temps le droit des contrats spéciaux, ce qui ne favorise pas une perspective d'ensemble. Une telle démarche est davantage propice au morcellement du droit : chaque type de contrat se voit doté d'un régime d'inexécution spécifique. En règle générale, le législateur vient consacrer des formes particulières de résolution au profit des contractants qu'il considère comme faibles.

D'autre part, parce que la jurisprudence elle-même ne semble pas encline à « unifier » les régimes respectifs, en adoptant la même démarche intellectuelle dans un type de situation donné. C'est ainsi que certains ont pu déplorer que la jurisprudence rendue sur le fondement des articles 1641 et suivants C. civ. soit si peu sensible à la hiérarchie des remèdes qui a été instituée dans le droit spécial de la consommation et n'ait pas saisi l'occasion de s'en inspirer<sup>311</sup>. Si évolution il doit y avoir, ce sera à travers la réforme tant attendue du droit des contrats.

### ***2. L'impact probable de la réforme du droit des contrats sur la résolution de droit commun***

**584.** Les projets de réforme du droit des contrats présentent certaines nouveautés qui pourraient avoir un impact sur le régime de la résolution judiciaire de droit commun. Deux points essentiels pourraient faire basculer la résolution judiciaire d'un modèle à l'autre, d'un pouvoir discrétionnaire du juge à un droit (discrétionnaire) du créancier.

---

<sup>311</sup> V. P.-Y. GAUTIER, « Pas de hiérarchie des remèdes dans le droit commun de la garantie des vices cachés », note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, RTD civ. 2011, p. 141 et s.

**585.** On relèvera en premier lieu que la majorité des projets de réforme du droit des contrats ont pris le parti de définir abstraitement le manquement résolutoire. C'est une nouveauté par rapport à l'article 1184 C. civ., qui ne définit pas les conditions de la résolution comme nous l'avons vu. L'avant-projet Terré et le projet de la Chancellerie, pris dans sa version de mai 2009, conditionnent ainsi tous deux la résolution (judiciaire et unilatérale) du contrat à l'existence d'une « grave inexécution »<sup>312</sup>. Un tel changement pourrait imposer aux juges une nouvelle démarche intellectuelle, consistant à faire rentrer les faits dans cette catégorie juridique prédéterminée, ou du moins à s'y référer toujours tacitement avant de se prononcer. Ce faisant, les juges seraient portés à généraliser leurs solutions, ce qui n'est pas le cas en l'état du droit positif, à moins que la clarification légale du manquement résolutoire s'entende comme simple codification à droit constant de la jurisprudence. Dans ce cas, les juges pourraient continuer à apprécier librement l'opportunité de prononcer la résolution. Certains projets de réforme semblent accrédi-ter cette lecture, en particulier le dernier projet en date de la Chancellerie (celui du 23 octobre 2013). Son article 132 dispose en effet que « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, *en cas d'inexécution suffisamment grave*, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice »<sup>313</sup>. Le critère de l'inexécution suffisamment grave n'est pas sans rappeler la formule retenue par la jurisprudence actuelle en matière de résolution. L'adverbe « suffisamment » traduit à lui seul l'exigence d'une certaine pesée judiciaire, qui implique une relativité des solutions. En tout état de cause, il ne faut pas sous-estimer non plus les habitudes des juges qui, pénétrés de la logique de l'article 1184 C. civ. qui est la leur<sup>314</sup>, auront peut-être tendance à continuer à raisonner comme ils le font habituellement.

**586.** Aussi est-ce un deuxième point qui pourrait être plus décisif et transformer la résolution judiciaire de droit commun en un véritable droit du

---

<sup>312</sup> V. l'art. 108 de l'avant-projet TERRÉ : « La résolution d'un contrat résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, *en cas de grave inexécution*, d'une demande en justice ou d'une notification » (nous soulignons) ; l'art. 141 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version de mai 2009) : « Elle [la résolution] peut résulter de l'application d'une clause résolutoire, *en cas de grave inexécution* d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice » (nous soulignons).

<sup>313</sup> Nous soulignons.

créancier : le « parallélisme » instauré entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale du contrat. En effet, tous les projets de réforme du droit des contrats ont prévu de préserver le mécanisme de la résolution judiciaire aux côtés de la résolution unilatérale, les deux modes de résolution étant censés être sur un même pied d'égalité. Or, ce choix pourrait avoir un impact sur le régime de la résolution judiciaire à plus ou moins long terme. Comme l'a parfaitement exposé M. Genicon, consacrer ainsi les deux modes de résolution, c'est partir du principe que le créancier a un *droit à la résolution* qu'il peut choisir de mettre en œuvre lui-même ou de faire reconnaître par le juge<sup>315</sup>. C'est dire combien la logique de la résolution judiciaire est amenée à se transformer : en toute logique, le rôle du juge devrait alors se limiter à vérifier que les conditions de la résolution – équivalentes aux deux modes de résolution – sont remplies, et dans l'affirmative, faire droit à sa demande. C'est bien ce que nous enseignent les systèmes juridiques qui connaissent déjà les deux modes de résolution : le juge qui est appelé ici à prononcer la résolution est déchu de tout pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la mesure<sup>316</sup>. On serait alors dans la logique du droit de la consommation qui reconnaît au consommateur un véritable droit à la résolution en cas de défaut de conformité, bien que soumis à de multiples conditions. En définitive, toute la résolution judiciaire devrait être conçue à la lumière et dans la dépendance de la résolution unilatérale<sup>317</sup>. C'est bien pour cette raison que ceux qui souhaitent conserver le modèle de résolution judiciaire traditionnel, conférant un large pouvoir d'appréciation au juge, sont hostiles à la reconnaissance du modèle de résolution unilatérale du contrat<sup>318</sup>. On pressent bien ici les difficultés d'une cohabitation entre un modèle de résolution judiciaire, tel qu'il prévaut en droit français, et la résolution unilatérale.

---

<sup>314</sup> Sur ce point, v. Th. GENICON, th. préc., n° 670. L'auteur relève combien la résolution judiciaire et la logique qui sous-tend l'article 1184 C. civ. font partie du « subconscient » des juges.

<sup>315</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 663.

<sup>316</sup> C'est un point sur lequel insistent A. FLESSNER, « Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung », art. préc., p. 304 et Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, op. cit., p. 216, qui se réfèrent tous deux au droit néerlandais. L'article 267 du livre 6 du nouveau Code civil néerlandais prévoit en effet une alternative entre une « résiliation qui s'effectue par une déclaration écrite de celui qui peut l'invoquer » et une résiliation qui peut, « à la demande de celui-ci, être prononcée par le juge ».

<sup>317</sup> *Ibid.*

<sup>318</sup> V. en particulier Th. GENICON, th. préc., n° 665 et s. : « La raison pour laquelle la résolution judiciaire a en définitive notre préférence est assez simple : la résolution unilatérale ne peut être consacrée, en tant que principe général, sans perdre les avantages de la résolution judiciaire (...) ».

Le droit allemand pour sa part n'a jamais connu ces difficultés, dans la mesure où tous les remèdes, qu'ils soient judiciaires ou extrajudiciaires, traduisent un véritable droit subjectif du créancier, le rôle du juge se limitant ainsi à en vérifier l'existence et le cas échéant à lui donner consistance.

## **§ 2. DROIT DU CRÉANCIER À LA RÉOLUTION DU CONTRAT : UN PRINCIPE EN DROIT ALLEMAND**

**587.** La résolution du contrat révèle à son tour combien le système juridique allemand repose entièrement sur la théorie des droits subjectifs. D'un point de vue technique, la résolution a revêtu des formes diverses : tribulaire encore d'une action et d'un jugement constitutif dans le projet de code de commerce prussien de 1857 (*Gestaltungsklagerecht*), elle a été conçue par le législateur de 1900 comme une « prétention » (*Anspruch*) pour ce qui est du domaine spécial de la garantie des vices, pour devenir pleinement unilatérale (*Gestaltungsrecht*) avec la réforme du droit des obligations de 2002. Il est important de comprendre que derrière ces diverses figures juridiques se trouve toujours un *droit du créancier* à la résolution du contrat. D'où l'idée que par-delà leurs différences techniques, ces divers instruments forment un « système d'unité fonctionnelle »<sup>319</sup>. Ils permettent tous trois de modifier l'ordre juridique, le créancier pouvant obtenir le même résultat (ici : sa libération) par des voies différentes. Façon de dire que les divers instruments sont interchangeables. On prend véritablement conscience de cette « unité fonctionnelle » lorsqu'on compare la résolution mise en œuvre unilatéralement (*Gestaltungsrecht*) avec celle qui requiert l'intervention du juge (*Gestaltungsklagerecht*) (A) ainsi qu'avec la résolution qui nécessite le consentement du débiteur et qui passe par la figure juridique de la « prétention » (*Anspruch*) (B).

---

<sup>319</sup> M. BECKER, « Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund », AcP 188 (1988), p. 25 : « Diese drei Grundformen zur Gestaltung von Rechtsverhältnissen [Gestaltungsrecht, Gestaltungsklage, Anspruch] bilden ein System funktionaler Einheit trotz instrumentaler Verschiedenheiten ». V. déjà E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 54 et s.

## **A. GESTALTUNGSRECHT ET GESTALTUNGSKLAGERECHT**

**588.** A partir du moment où le manquement du débiteur confère au créancier le droit de se défaire du contrat, il importe peu que sa libération s'opère par voie de déclaration unilatérale de volonté (*Gestaltungsrecht*) ou par jugement (*Gestaltungsurteil*)<sup>320</sup>. Dans les deux cas, le créancier est en droit d'obtenir la résolution du contrat dès lors que les conditions légales sont réunies. Le rôle du juge étant des plus limités en cas de prononcé judiciaire de la mesure, il n'a fallu qu'un pas pour décider de remplacer la décision du juge par celle du créancier (1). S'il semble donc plus aisé de concevoir un déplacement des pouvoirs du juge vers le créancier dès lors que le juge exerce une compétence liée, le raisonnement ne se vérifie pas toujours dans les faits, comme en témoigne le droit français. En effet, tandis que la résolution s'unilatéralise, la nullité du contrat reste résolument judiciaire (2).

### **1. D'une compétence liée du juge au « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*)**

**589.** Même lorsqu'ils ont pu s'inspirer de l'article 1184 C. civ., les projets de codification allemands ne sont jamais allés jusqu'à adopter pleinement le modèle français de résolution judiciaire. Le projet de code de commerce prussien de 1857 est très révélateur à ce titre : nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer que tout en posant un principe de résolution judiciaire, il n'avait pas repris l'institution du délai de grâce (v. supra). Et que si l'exclusion du délai de grâce avait été justifiée par la spécificité de la matière réglée – le droit commercial – ce choix n'en était pas moins caractéristique d'une tendance plus générale qui consiste à dénier au juge tout pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre d'un remède, fût-il de nature judiciaire (v. supra). En effet, dans les rares cas où le juge est seul à même de modifier l'ordre juridique au moyen d'un jugement constitutif (*Gestaltungsurteil*), la partie intéressée n'en a pas moins le droit d'obtenir la modification demandée, ce qui se traduit dans le

---

<sup>320</sup> V. en ce sens E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht », art. préc., p. 56.

vocabulaire « *Gestaltungsklagerecht* » (« droit d'intenter une action constitutive »<sup>321</sup>). Le pouvoir du juge n'est donc nullement discrétionnaire puisqu'il ne lui appartient pas de décider lui-même de l'opportunité de procéder ou non à la modification juridique demandée<sup>322</sup>.

**590.** Il faut souligner l'étroite parenté qui existe entre le « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*) qui désigne, on l'a vu, le pouvoir de créer, modifier ou éteindre une situation juridique par un acte unilatéral, et le jugement constitutif (*Gestaltungsurteil*) qui se caractérise par le fait que c'est le juge, donc une autorité publique, qui modifie la situation en question, à la demande d'une partie qui introduit une action en justice à cet effet (*Gestaltungsklage*).

La parenté entre ces deux mécanismes se mesure déjà à l'aune de leur dénomination. Il est intéressant de revenir à ce titre sur l'origine du mot *Gestaltungsrecht*, qui est peu connue en France. Ce n'est pas un hasard si Emil Seckel, auquel revient la paternité du mot, a proposé de rassembler certaines prérogatives unilatérales sous la dénomination *Gestaltungsrecht*. Comme l'expose l'auteur lui-même, ce terme a l'avantage de montrer les liens étroits qui existent entre le « droit formateur » et le « jugement constitutif » (*konstitutives Urteil*), que la doctrine venait nouvellement de dénommer *rechtsgestaltendes Urteil*<sup>323</sup>. Les deux produisent les mêmes effets : ils créent, modifient ou anéantissent une situation juridique. Cet effet se traduit dans le mot *Gestaltung* qui signifie l'action de façonner, de transformer.

Pour Seckel, le « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*) constitue le pendant privé du jugement constitutif (*Gestaltungsurteil*)<sup>324</sup>. Dans les deux cas, il existe un droit subjectif : l'un est d'ordre substantiel, l'autre d'ordre processuel. Le jugement constitutif ne sert lui-même qu'à réaliser en justice le droit subjectif, qui lui est sous-jacent. Il préfigure en quelque sorte le « droit formateur » substantiel<sup>325</sup>. La seule

<sup>321</sup> Telle est la traduction du mot retenue par E. TOMSON, *Droits constitutifs et jugements constitutifs en droit allemand*, th. préc., p. 13.

<sup>322</sup> A la différence du droit français où on a pu écrire : « Il ne faut pas croire que lorsque le juge résout un contrat, il se fait le serviteur de la volonté des parties » (G. RIPERT, cité d'après R. CASSIN, « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », art. préc., p. 76).

<sup>323</sup> E. SECKEL, « Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts », in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum fünfzigjährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Richard KOCH*, op. cit., 1903, p. 210.

<sup>324</sup> *Ibid.* (« privatrechtliches Gegenstück »).

<sup>325</sup> V. sur ce point E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 42 : « Auch entwicklungsgeschichtlich stellt sich das Gestaltungsurteil oder jedenfalls die gerichtliche Durchsetzung des Gestaltungsrechts vielfach als Vorstufe der privaten Gestaltungserklärung dar ».

différence réside dans le mode d'exercice de ce droit. Si bien que Seckel, suivi en cela par d'autres éminents auteurs, n'hésite pas à faire entrer les actions visant à obtenir du juge un jugement constitutif (*Gestaltungsklagerechte*) dans la catégorie des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*)<sup>326</sup>. Par où l'on constate que dans l'esprit de certains auteurs allemands, ce n'est pas tant l'absence de recours au juge qui caractérise les « droits formateurs »<sup>327</sup> que leur effet qui consiste dans la modification d'une situation juridique.

## **2. Un contre-exemple français : la nullité et la résolution en comparaison**

**591.** Il est intéressant de remarquer qu'une réflexion similaire a été menée en France à propos de ce que certains ont dénommé la catégorie des « droits potestatifs contractuels adjoints »<sup>328</sup>, et qui correspond peu ou prou à la catégorie allemande des « droits formateurs »<sup>329</sup>. Un auteur s'est demandé s'il ne faudrait pas y intégrer les droits processuels, tels le droit de demander au juge la nullité ou la résolution (et au-

---

<sup>326</sup> E. SECKEL, art. préc., p. 238 (« Das materielle Rechtsgeschäft, das der Ausübung des materiellen Gestaltungsrechts dient, fehlt auch da nicht, wo es sich mit der Klageerhebung verbindet bzw. verbinden muß, auch da nicht, wo es scheinbar hinter der Klageerhebung oder dem Gestaltungsurteil verschwindet ») et p. 241 (« Das Urteil tritt niemals unter Verdrängung des Privatakt an dessen Stelle, es verbindet sich vielmehr mit ihm zum privatrechtlichen Doppeltatbestande »). SECKEL est suivi sur ce point par un grand nombre d'auteurs, parmi lesquels : E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 45 (« (...) weil Seckel mit Recht auch die Gestaltungsklagerechte zu den Gestaltungsrechten zählt, (...) ») ; D. MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2010, § 12 (Gestaltungsrechte), n° 84 ; H. HELMREICH, *op. cit.* ; A. VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations, op. cit.*, § 3, p. 21 : « C'est exceptionnellement qu'un droit formateur s'exerce au moyen d'une demande judiciaire ».

<sup>327</sup> On notera que c'est précisément cette caractéristique qui est mise en avant dans la terminologie retenue par la doctrine française. Celle-ci dénote une préférence pour la notion de « droit potestatif », qui est la traduction italienne du mot allemand *Gestaltungsrecht*, et qui désigne le pouvoir donné à la volonté unilatérale. V. à ce titre G. BOYER, « Les promesses synallagmatiques de vente », RTD civ. 1949, p. 1 et s. (« pouvoir direct sur une situation juridique ») ; I. NAJJAR, *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, préf. P. RAYNAUD, Paris, LGDJ, 1967 ; le même, « La potestativité. Notes de lecture », RTD civ. 2012, p. 601 et s. ; S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, n° 6 et s. ; J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2000, p. 747 et s.

<sup>328</sup> V. J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., p. 753, qui définit ces droits comme conférant à leur bénéficiaire une faculté de soumettre l'autre contractant à un changement, une extinction de l'engagement, voire à la naissance d'une obligation nouvelle, en vertu d'une clause accessoire de l'accord.

<sup>329</sup> On notera toutefois que la doctrine (théorie) allemande des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) est plus large car elle ne se limite pas à la matière contractuelle. En même temps, c'est bien à partir des « droits formateurs » dits résolutoires (« aufhebend » ou « einbrechend »), comme l'annulation, la résolution, la compensation ou la résiliation, que la doctrine s'est construite : v. V. EMMERICH, in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, § 311, n° 21.

delà l'exécution forcée), au motif qu'ils modifient la situation juridique en créant le lien d'instance<sup>330</sup>.

On n'insistera pas sur le fait que les modifications juridiques évoquées (annulation, résolution, etc.) nous semblent découler davantage du jugement que des demandes en justice<sup>331</sup>. On se contentera de répondre qu'il convient à notre sens de distinguer entre les divers droits processuels, et on se limitera ici à comparer le régime de la nullité et de la résolution du contrat. On sait qu'à la différence de la résolution, en principe, toute nullité est *de droit* : le juge saisi d'une demande en nullité doit la prononcer s'il constate que les conditions de la nullité sont réunies<sup>332</sup>. Il ne peut donc nullement apprécier l'opportunité de la disparition du pacte. C'est dire qu'en présence de certaines conditions, la loi fait naître directement un droit à l'annulation du contrat dont les parties peuvent se prévaloir librement. C'est ce type de droit processuel qui pourrait s'intégrer éventuellement à la catégorie des « droits potestatifs contractuels adjoints » car la partie qui l'actionne est assurée alors d'obtenir le changement juridique souhaité.

**592.** Quoi qu'il en soit, la marge de manœuvre réduite du juge en matière de nullité conduit en tout cas certains auteurs à penser que la nullité extrajudiciaire pourrait se justifier beaucoup plus facilement que la résolution extrajudiciaire<sup>333</sup>. Il leur semble en effet parfaitement concevable qu'un contractant puisse le remplacer dans cet office<sup>334</sup>. L'évolution du droit allemand paraît bien être en ce sens.

Cela n'empêche pas toutefois d'autres auteurs de considérer, à l'inverse, que la résolution extrajudiciaire est plus facilement envisageable que la nullité extrajudiciaire. Cette dernière leur paraît plus risquée et en même temps plus douteuse, dans la mesure où elle dépendrait de circonstances de fait plus difficiles à apprécier<sup>335</sup>. En effet, si l'inexécution constitue un fait relativement objectif, il n'en

<sup>330</sup> D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011, p. 644 et s. (spéc. n° 37).

<sup>331</sup> N'enseigne-t-on pas communément que « si la cause de nullité existe bien depuis la conclusion de l'acte, la sanction de nullité, qui doit nécessairement être prononcée par le juge, n'existe que du jour du jugement (...) », ce qui implique que la force obligatoire du contrat continue de lier les parties dans l'intervalle : v. Th. GENICON, th. préc., n° 165, et les références citées. Le raisonnement vaut tout autant pour la résolution du contrat.

<sup>332</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., 2013, n° 390.

<sup>333</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 594.

<sup>334</sup> *Ibid.* L'auteur donne l'exemple de la nullité du contrat conclu par un mineur, en observant que ce dernier, très au courant de son âge, pourrait très bien de lui-même signifier l'annulation du contrat à l'autre partie.

<sup>335</sup> V. Th. PIAZZON, « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », contribution au colloque tenu le 10 mai 2012 à Paris, sur le thème : « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », RDC 2012, p. 1459 et s.



va pas de même de la réticence dolosive par exemple, qui relève d'une appréciation plus subjective. Le risque est alors grand que la prétendue victime du vice du consentement commette une fausse interprétation des faits ou du droit et se voit sanctionnée par le juge *a posteriori*<sup>336</sup>.

Les projets de réforme du droit français des contrats donnent raison aux derniers.

**593.** Force est de constater en effet que tous les projets de réforme, même ceux qui sont réputés les plus ouverts aux expériences étrangères, ont maintenu le principe de la nullité judiciaire, en même temps qu'ils ont ouvert la voie à la résolution extrajudiciaire<sup>337</sup>.

Ce n'est pas tant l'argument, fort pertinent, tiré des difficultés de l'appréciation des conditions de la nullité du contrat qui est avancé au soutien du caractère judiciaire de cette sanction des règles de formation du contrat.

Ce sont les arguments traditionnels, ceux que nous avons rencontrés à propos de la justification du caractère judiciaire de la résolution, que l'on retrouve ici. Ainsi, fait-on valoir que « Le contrôle judiciaire assure que l'on ne badine pas avec la force obligatoire du contrat. Il protège la partie à laquelle est opposée la nullité d'un certain arbitraire, de l'invocation infondée et dilatoire d'une fausse nullité. Il protège aussi les tiers, qui ont pu légitimement compter sur l'apparence de contrat »<sup>338</sup>. En un mot donc : la sécurité juridique.

Mais à bien y regarder, il semble que ce soit surtout un jugement de valeur qui ait amené les rédacteurs à consacrer la nullité judiciaire du contrat. Ces derniers observent en effet que dès lors que la nullité n'a pas pu faire l'objet d'un constat mutuel, le contentieux est inévitable, pour considérer aussitôt : « et il paraît alors plus juste d'en imposer l'initiative à celui qui demande la nullité qu'à celui qui la conteste »<sup>339</sup>.

---

<sup>336</sup> *Ibid.*

<sup>337</sup> V. l'art. 1115 de l'avant-projet CATALA ; les art. 50 et 52 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 59 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE, dans sa version de mai 2009 ; l'art. 86 du dernier projet en date de la CHANCELLERIE (23 octobre 2013).

<sup>338</sup> D. HOUTCIEFF, « Les sanctions des règles de formation des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 223.

<sup>339</sup> V. Ph. SIMLER, « Sanctions (art. 1129 à 1133) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, *op. cit.*, p. 45 ; D. HOUTCIEFF, « Les sanctions des règles de formation des contrats », art. préc., p. 228 : « Cette observation du doyen Simler paraît cruciale (...) ».

**594.** On notera qu'en droit allemand, ce sont des raisons de politique juridique également qui amènent le législateur à privilégier l'instrument de l'action en justice (*Gestaltungsklagerecht*) plutôt que celui du « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*). C'est généralement pour éviter des périodes d'insécurité juridique qu'il impose aux parties de recourir au juge<sup>340</sup>. On cite bien souvent à ce titre l'exemple du divorce. On fait observer que si l'on donnait aux couples mariés le droit de dissoudre unilatéralement le mariage, la situation juridique serait des plus incertaines jusqu'au constat du divorce par le juge<sup>341</sup>. Pour éviter ces incertitudes, le législateur a donc fait le choix de maintenir le *statu quo* jusqu'au prononcé du divorce par le tribunal.

Reste qu'en droit allemand, la voie du jugement constitutif et la voie de l'acte unilatéral sont jugées équivalentes (*gleichwertig*)<sup>342</sup>. Pour obtenir le même effet juridique, il est possible de passer en outre par une troisième voie équivalente : la fameuse « prétention » (*Anspruch*) du droit allemand.

## ***B. GESTALTUNGSRECHT ET ANSPRUCH***

**595.** Le « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*) présente cette particularité de conférer à son titulaire le pouvoir de créer une nouvelle situation juridique sans que la participation ou la coopération (*Mitwirkung*) du destinataire de ce droit soit requise<sup>343</sup>. Ce dernier se trouve dans une situation de totale sujétion<sup>344</sup>. Le titulaire du droit n'a pas à vaincre une résistance éventuelle de sa part. La nouvelle situation juridique naît directement de la manifestation de volonté du titulaire du droit. Il en va autrement s'agissant de la « prétention » (*Anspruch*).

On a vu que la « prétention » était définie par le § 194 al. 1 BGB comme « le droit d'exiger d'autrui de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose » (v. supra). Tout comme le « droit formateur », la « prétention » est un moyen technique d'adapter le contrat à des circonstances nouvelles prévues ou imprévues. C'est ce que nous avons pu constater déjà à propos de l'imprévision où le § 313 al. 1 BGB confère

---

<sup>340</sup> V. sur ce point P. SCHLOSSER, « Gestaltungsklage und Gestaltungsurteil im System der Rechtsschutzformen », Jura 1986, p. 132.

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> Comp. P. SCHLOSSER, « Gestaltungsklage und Gestaltungsurteil im System der Rechtsschutzformen », art. préc., p. 133.

<sup>343</sup> Sur cette caractéristique du « droit formateur », v. E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », art. préc., p. 45 : « Charakteristisch für die im Vordergrund stehenden Gestaltungsrechte ist der Einbruch in das materielle Vertrags- bzw. Mitwirkungsprinzip ».

aux parties une « prétention », c'est-à-dire un droit à l'adaptation du contrat (*Anspruch auf Anpassung*) en cas de disparition du fondement contractuel. Contrairement au titulaire du « droit formateur », le titulaire de la « prétention » est tributaire de la participation ou de la collaboration de la partie adverse pour obtenir la modification juridique souhaitée. C'est un aspect qui ressort très clairement du fameux arrêt de la Cour fédérale allemande en date du 30 septembre 2011, rendu en matière d'imprévision<sup>345</sup>. La Cour a jugé en effet que la « prétention à l'adaptation » (*Anspruch auf Anpassung*) consacrée par le § 313 BGB oblige la partie favorisée par le changement de circonstances à œuvrer à l'adaptation du contrat, en coopération avec l'autre partie<sup>346</sup>. Elle a insisté sur le fait que l'obligation de coopérer en vue de l'adaptation du contrat (en clair : l'obligation de renégocier) constituait le corollaire de la « prétention (droit) à l'adaptation du contrat ».

Lorsque la partie adverse qui est tenue de coopérer refuse de le faire, le titulaire de la « prétention » (*Anspruch*) n'est pas démuné pour autant. En effet, la « prétention » est dotée d'une force juridique contraignante : elle peut faire l'objet d'une réalisation forcée en justice (*gerichtliche Durchsetzung*). Comme nous l'avons vu, la « prétention » désigne à la fois une position juridique de droit matériel et son prolongement procédural (v. supra). Elle est le droit d'obtenir du juge l'objet de la prestation. Ainsi, en cas d'imprévision, la partie défavorisée par le changement imprévu de circonstances est-elle en droit d'obtenir l'adaptation du contrat en justice (v. supra).

Bien souvent, en cas de refus de la partie adverse d'obtempérer à son obligation de coopérer, celle-ci réside ici dans l'obligation d'émettre une déclaration de volonté permettant l'adaptation du contrat, l'exécution forcée a lieu au moyen de la fiction du § 894 ZPO, qui prévoit que si le débiteur a été condamné à émettre une déclaration de volonté, la déclaration est considérée comme faite dès que le jugement de condamnation est passé en force de chose jugée.

---

<sup>344</sup> V. C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », art. préc., p. 6 (« Akt reiner *Fremdbestimmung* »).

<sup>345</sup> BGH 5. Zivilsenat, 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139.

<sup>346</sup> BGH 5. Zivilsenat, 30.9.2011, V ZR 17/11, pt. 33 : « Denn der durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26. November 2001 (...) eingeführte Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB verpflichtet die durch eine Störung der Geschäftsgrundlage begünstigte Vertragspartei, im Zusammenwirken mit der anderen Partei eine Anpassung des Vertrages herbeizuführen ».

**596.** C'est sur ce modèle de la « prétention » qu'avaient été conçues la résolution (*Wandelung*) et la diminution du prix (*Minderung*) dans l'ancien droit allemand de la vente. L'ancien § 465 BGB disposait en effet que « La Wandelung ou la Minderung est accomplie lorsque, sommé par l'acheteur, le vendeur s'est déclaré d'accord avec elle »<sup>347</sup>. Le créancier était donc tributaire de l'assentiment de son débiteur<sup>348</sup>, qui pouvait s'obtenir toutefois par jugement le cas échéant.

Bien qu'elle ait revêtu une forme particulière, la résolution du droit de la vente (*Wandelung*) constituait un véritable droit subjectif. Le législateur de 1900 avait souligné d'ailleurs qu'il ne pouvait être question, pour le BGB, de reconnaître au juge un pouvoir discrétionnaire comme en droit suisse, l'autorisant à rejeter l'action en résolution dont il serait saisi pour lui préférer une réduction du prix au vu des circonstances de la cause<sup>349</sup>.

Au fil des années, cette construction spéciale du droit de résolution pour un domaine aussi important que le droit de la vente s'est révélée trop complexe et inadaptée aux besoins de la pratique<sup>350</sup>. La technique de la « prétention » (*Anspruch*) a été abandonnée par la réforme du droit allemand des obligations de 2002 et remplacée par celle du « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*), démontrant le caractère interchangeable des deux constructions<sup>351</sup>. Depuis lors, la résolution du contrat est conçue de façon générale comme un « droit formateur », le droit de résolution pouvant être mis en œuvre par déclaration unilatérale de volonté<sup>352</sup>.

---

<sup>347</sup> Ancien § 465 BGB : « Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt ».

<sup>348</sup> V. BT-Drucks. 14/6040, p. 220 : « Nach dem derzeitigen § 465 wird die Wandelung dadurch vollzogen, dass der Verkäufer sich auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt ».

<sup>349</sup> V. *MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. II, 2. unveränderte Aufl., Berlin, Guttentag, 1896, p. 125 : « Insbes. konnte auch für das BGB nicht die Aufnahme der Bestimmung des schweiz. ObligR. 250 in Frage kommen, wonach der Richter nach freiem Ermessen der Umstände auf erhobene Wandelungsklage, anstatt der Letzteren stattzugeben, nur auf Minderung erkennen darf ».

<sup>350</sup> V. BT-Drucks. 14/6040, p. 220.

<sup>351</sup> Sur le caractère interchangeable des deux institutions juridiques, v. W. B. SCHÜNEMANN, *Selbsthilfe im Rechtssystem*, op. cit., p. 27 ; Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, op. cit., p. 276 ; E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsrecht », art. préc., p. 43 (« (...) statt des Gestaltungsrechts ein Anspruch auf Aufhebung, Änderung oder auch Begründung des Rechtsverhältnisses – genauer gesagt : auf Abgabe der entsprechenden Erklärung (...) »).

<sup>352</sup> V. BT-Drucks. 14/6040, p. 221 : « Als Rücktritt ist das Recht des Käufers zur Aufhebung des Vertrags – anders als die Wandelung – ein Gestaltungsrecht ».

## CHAPITRE II - LE MODÈLE DE RÉOLUTION UNILATÉRALE

597. Arrivés à ce stade de l'analyse, on est amené à se demander s'il existe entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale sous contrôle judiciaire une vraie différence de fond ou plutôt une simple querelle de mots<sup>353</sup>.

Au vu des développements qui précèdent, on peut d'ores et déjà avancer que tout dépend d'abord du modèle de résolution judiciaire retenu pour la comparaison. Lorsque la résolution judiciaire repose sur un droit du créancier, les différences avec la résolution unilatérale peuvent apparaître plus théoriques que réelles si l'on en juge à partir des enseignements de la doctrine allemande qui tient pour fonctionnellement équivalents le droit d'intenter une action en justice visant à obtenir le prononcé judiciaire de la résolution (*Gestaltungsklagerecht*) et le droit de résolution unilatérale (*Gestaltungsrecht*).

L'affirmation mérite toutefois un examen plus approfondi. En effet, le droit conféré au créancier peut recouvrir des sens bien différents selon que sa déclaration unilatérale demeure ou non sous la dépendance de l'appréciation du juge et selon la sanction apportée en cas de résolution unilatérale injustifiée<sup>354</sup>. Tout dépend là encore du modèle de résolution unilatérale retenu. Il convient de les envisager à présent.

Il est possible de dégager deux modèles distincts de résolution unilatérale : le modèle allemand de la *Nachfrist* et le modèle européen de l'inexécution essentielle. Ils seront envisagés comme deux types idéaux au sens wébérien du terme (Section I). Après avoir montré leur particularité, il s'agira de situer le droit français positif et prospectif par rapport à ces deux modèles (Section II).

---

<sup>353</sup> Nous nous inspirons ici de l'intitulé des Quatrièmes Journées franco-allemandes, tenues à Bordeaux les 7-8 mars 2013, qui était formulé comme suit : « Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat : querelles de fond ou querelles de mots ? » (actes reproduits dans le n° 4 de la RDC 2013).

## SECTION I - MODÈLE ALLEMAND DE LA *NACHFRIST* VS. MODÈLE EUROPÉEN DE L'INEXÉCUTION ESSENTIELLE

**598.** Comme nous l'avons dit dès l'introduction de ce titre, tous les systèmes juridiques s'accordent sur l'idée que le créancier ne peut être autorisé à se défaire du contrat que lorsque ses intérêts sont gravement altérés. L'inexécution doit donc revêtir une certaine importance. Cette idée est diversement transposée : le droit allemand se sert d'un critère *procédural* – le délai d'exécution (*Nachfrist*) – (§ 1) tandis que les projets de droit européen des contrats ont recours à un critère *substantiel* – la notion d'inexécution essentielle (§ 2).

Le critère procédural allemand, s'il présente une rigidité certaine, a l'avantage de la sécurité en venant supprimer quasiment tout pouvoir d'appréciation du juge. Le critère substantiel européen a lui le mérite de la souplesse mais laisse entière la question de l'étendue exacte du pouvoir du juge.

### § 1. LE MODÈLE RIGIDE ET SÛR DU DROIT ALLEMAND

**599.** En droit allemand, en dehors d'une inexécution caractérisée (*Pflichtverletzung*) le droit de résolution est subordonné en principe au respect d'une condition « formelle » : la fixation d'un délai d'exécution (*Nachfrist*) au débiteur (A). Exceptionnellement, le créancier peut résoudre « immédiatement » le contrat, sans attendre l'écoulement d'un tel délai (B).

#### A. LA RÉOLUTION SUBORDONNÉE À LA FIXATION D'UN DÉLAI D'EXÉCUTION : LE PRINCIPE

**600.** Si la menace des intérêts du créancier est appréciée principalement à l'aune d'un critère procédural – la *Nachfrist* – (1), le modèle allemand n'a pu se passer entièrement de considérations substantielles (2).

---

<sup>354</sup> G. WICKER, « Propos introductifs » (tenus à Bordeaux les 7-8 mars 2013 dans le cadre des Quatrièmes

## 1. Prépondérance du critère procédural

**601.** En vertu du § 323 al. 1 BGB, le créancier ne peut résoudre le contrat que s'il a au préalable imparti au débiteur, sans succès, un délai raisonnable pour exécuter l'obligation ou procéder à l'exécution corrective.

Comme nous l'avons vu plus haut, le mécanisme de la *Nachfrist* a une portée générale en ce qu'il permet de passer des droits primaires (droit à l'exécution (corrective)) aux droits secondaires (dommages-intérêts, résolution, réduction du prix).

Il joue également dans le cas spécial de la résiliation du contrat « pour motifs graves » (*Kündigung aus wichtigem Grund*). Rappelons qu'en principe et selon le § 314 al. 1 BGB, tout contrat à exécution successive peut être résilié pour motif grave par chacune des parties sans qu'elle ait à respecter un délai de préavis. Toutefois, dans les cas où le motif grave résulte de la violation d'une obligation contractuelle, une *Nachfrist* s'impose néanmoins : la résiliation ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai imparti pour y remédier, en vertu du § 314 al. 2 BGB.

Le système allemand postule ainsi que si le débiteur n'exécute pas en dépit de la seconde chance qui lui est accordée, le manquement est alors suffisamment « essentiel » pour justifier une sanction aussi grave que la résolution.

Le caractère « essentiel » de l'inexécution est alors tout bonnement présumé<sup>355</sup>. On considère que si le débiteur ne remédie pas à l'inexécution dans le délai imparti, c'est qu'il ne souhaite pas exécuter ou n'est pas en mesure de le faire. Dans ces circonstances, les intérêts du créancier semblent suffisamment menacés pour lui reconnaître le droit de résoudre le contrat<sup>356</sup>.

S'il revêt indéniablement un certain caractère contraignant pour le créancier qui est obligé de faire preuve de patience en cas d'inexécution<sup>357</sup> – rappelons que

Journées franco-allemandes), RDC 2013, p. 1579 et s.

<sup>355</sup> V. H. UNBERATH, *Die Vertragsverletzung*, op. cit., p. 369 : « Nach Fristablauf wird unterstellt, daß die Pflichtverletzung hinreichend erheblich ist, um den Rücktritt als "einschneidenden Rechtsbehelf" zu rechtfertigen ».

<sup>356</sup> V. C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », art. préc., p. 9.

<sup>357</sup> Comme le note à juste titre G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, op. cit., n° 149, p. 116 : « The protection which is afforded to the debtor by the requirement of

l'instrument vise précisément à concilier les intérêts des deux parties au contrat – le mécanisme de la *Nachfrist* a le mérite de la simplicité.

En effet, le créancier se voit doté d'un procédé simple et fiable pour sortir du contrat<sup>358</sup>. Il lui suffit d'impartir un délai d'exécution raisonnable à son cocontractant pour rendre l'inexécution « suffisamment grave » et se libérer ainsi du contrat. Il s'agit d'un procédé relativement simple à mettre en œuvre, dont le respect peut se vérifier sans grandes difficultés par le juge *a posteriori*.

Contrairement au système français de résolution judiciaire qui confère au juge le soin de décider si l'inexécution est suffisamment grave ou non pour justifier la résolution du contrat, le système allemand abandonne la décision à la discrétion du créancier qui se voit conférer ainsi la pleine maîtrise de la résolution du contrat.

Reste que le modèle allemand de la *Nachfrist* ne peut se passer totalement de considérations substantielles qui nécessitent une certaine appréciation<sup>359</sup>.

## 2. Caractère résiduel des critères substantiels

**602.** On citera ici trois considérations substantielles qui viennent tempérer la fiabilité du système décrit ci-dessus.

**603.** On rappellera en premier lieu que le délai d'exécution (*Nachfrist*) doit être d'une durée « raisonnable » (*angemessen*). Cette directive vague et indéterminée tend à reconferer un certain pouvoir d'appréciation au juge. Nous renvoyons ici à l'analyse approfondie qui a été faite plus haut. On rappellera brièvement ici que la jurisprudence est sur ce point favorable au créancier en ce que le délai trop court fixé au débiteur n'est pas considéré comme inefficace mais porté à une durée raisonnable. Le créancier n'est donc pas déchu de son droit de résolution lorsqu'il a impartit un délai trop court au débiteur, le juge pouvant prolonger celui-ci.

---

a *Nachfrist* is thus considerable, but it is not so great as that afforded by the FRENCH requirement of a judgment ».

<sup>358</sup> V. parmi d'autres : S. GRUNDMANN, « Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht – insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung », in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. I, München, Beck, 2007, p. 312 et s.



**604.** On notera en second lieu que le législateur a eu recours à des critères substantiels pour régler notamment le cas spécial de l'exécution partielle (*Teilleistung*) et celui de l'exécution non-conforme (*nicht vertragsgemäße Leistung*). Ces critères s'ajoutent au critère procédural de la *Nachfrist*.

Le § 323 al. 5 (première phrase) dispose que « lorsque le débiteur a fourni une prestation partielle, le créancier ne peut résoudre le contrat en totalité que si cette prestation partielle *ne présente pas d'intérêt pour lui* ».

Le § 323 al. 5 (deuxième phrase) exclut quant à lui tout droit de résolution en cas d'exécution non-conforme « dès lors que la violation de l'obligation est *de peu d'importance* ».

Les deux présupposés, dont la preuve incombe au créancier, laissent place à l'interprétation et rendent plus aléatoire l'exercice de son droit de résolution par le créancier.

Ces critères substantiels révèlent la volonté du législateur allemand de régler les conditions de la résolution au cas par cas<sup>360</sup>. Dans certaines hypothèses – cas d'inexécution particulièrement graves – il autorise le créancier à résoudre « immédiatement » le contrat, sans avoir à impartir un délai d'exécution au débiteur.

## ***B. LA RÉOLUTION « IMMÉDIATE » : L'EXCEPTION***

**605.** Les cas dans lesquels la fixation d'un délai supplémentaire d'exécution (*Nachfrist*) n'est pas nécessaire sont énumérés au § 323 al. 2 BGB<sup>361</sup>. Cet alinéa 2 a fait l'objet de quelques modifications récentes suite à la transposition de la directive

<sup>359</sup> V. C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », art. préc., p. 9.

<sup>360</sup> V. très clairement BT-Drucks. 14/6040, p. 183 : « Er [Regierungsentwurf] sieht anders als der Kommissionsentwurf nicht mehr nur einen einzigen Rücktrittstatbestand, sondern je einen Rücktrittstatbestand für den Fall des Verzugs und der Schlechterfüllung (§ 323 RE) und den Rücktritt wegen Verletzung einer sonstigen Pflicht (§ 324) sowie einen Tatbestand für die Befreiung von der Gegenleistung kraft Gesetzes im Fall der Unmöglichkeit der Leistung (§ 326) vor ».

<sup>361</sup> Notons que le droit spécial de la vente connaît des cas supplémentaires, prévus par le § 440 BGB, qui dispose : « En dehors des hypothèses (...) du § 323, al. 2, l'octroi d'un délai n'est pas non plus nécessaire si le vendeur refuse, conformément au § 439, al. 3, les deux modes d'exécution corrective ou si le mode d'exécution corrective auquel a droit l'acheteur a échoué ou lui est insupportable (...) ». Une résolution immédiate est prévue également en cas d'impossibilité d'exécution (v. le § 326 al. 5 BGB) et en cas de violation d'une obligation de sécurité (*Schutzpflicht*), dès lors que le maintien du contrat ne peut être exigé du créancier (*nicht mehr zuzumuten*) (v. le § 324 BGB).

2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs<sup>362</sup>. Nous partirons ici du texte original, tout en indiquant les nouveautés en italique<sup>363</sup>. Les cas où le créancier peut mettre fin au contrat immédiatement sont au nombre de trois :

- si le débiteur se refuse sérieusement et définitivement à exécuter,
- s'il ne fournit pas la prestation à la date fixée ou dans le délai déterminé par le contrat, alors que cette date ou ce délai ont un caractère essentiel, ce qui est le cas lorsque le créancier l'a indiqué au débiteur, avant la conclusion du contrat, ou *compte tenu de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat*.
- si, *en cas d'exécution non-conforme au contrat*, les circonstances particulières justifient, eu égard aux intérêts des deux parties, la résolution immédiate.

**606.** Comme l'a exposé le professeur Claus-Wilhelm Canaris, qui fait autorité en la matière, il ne s'agit pas tant ici d'exceptions au modèle de la *Nachfrist* que d'un droit autonome de résoudre immédiatement le contrat<sup>364</sup>. C'est dire qu'il faut voir dans le § 323 al. 2 BGB un modèle de résolution autonome par rapport à celui du § 323 al. 1 BGB (modèle de la *Nachfrist*).

Ce (second) modèle ne saurait être assimilé pour autant au modèle de résolution unilatérale retenu par les projets de droit européen des contrats. C'est un aspect que souligne M. Canaris qui insiste sur la spécificité, si ce n'est la supériorité, de ce modèle par rapport au modèle européen de l'« inexécution essentielle ».

On se félicite en particulier d'avoir formulé de manière plus précise les conditions de cette résolution « immédiate ».

---

<sup>362</sup> En particulier de son article 18 al. 2 relatif au manquement du professionnel à son obligation de livraison du bien. Cette directive de 2011 vient réglementer un cas spécifique de résolution : le droit de résolution du consommateur en cas d'*absence* d'exécution (livraison) ou de *retard* dans l'exécution (livraison), qui est distinct du droit de résolution accordé à celui-ci en cas d'exécution non-conforme et qui est réglementé par la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation). La nouvelle directive de 2011 a été transposée en droit allemand par une loi en date du 20 septembre 2013 (BGBl. I 2013, p. 3642), entrée en vigueur le 13 juin 2014.

<sup>363</sup> Pour une analyse détaillée du nouveau dispositif qui découle de la transposition de la directive de 2011, v. la belle étude de A. WEISS, « Neujustierung im Rücktrittsrecht », NJW 2014, p. 1212 et s.; Th. RIEHM, « Irrungen und Wurrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit. Die Konsequenzen der Änderung des § 323 II BGB », NJW 2014, p. 2065 et s.

<sup>364</sup> C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », art. préc., p. 13 et s. Rappelons que l'auteur a fortement influencé la réforme du droit allemand des obligations dans sa phase finale.

**607.** Les deux premières hypothèses envisagées par le § 323 al. 2 BGB sont effectivement plus concrètes et plus déterminées que ne l'est le critère de l'« inexécution *essentielle* » retenu par les projets de droit européen des contrats. L'amélioration de la transparence par la caractérisation plus précise des conditions de la résolution fut l'une des préoccupations majeures de la Commission de réforme du droit des obligations, dont faisait partie M. Canaris<sup>365</sup>. Nul ne contestera l'utilité d'une telle démarche. Comme l'a reconnu M. Genicon, « si l'on donne à une partie le pouvoir de résoudre unilatéralement le contrat, il peut sembler nécessaire de ne pas l'abandonner à elle-même et de lui indiquer par avance, les hypothèses dans lesquelles elle est autorisée à agir de la sorte »<sup>366</sup>. M. Constantinesco n'a pas hésité à parler à cet égard d'un « sacrifice de méthode »<sup>367</sup>.

La troisième hypothèse quant à elle n'est pas parée des mêmes vertus. Elle constitue une petite « clause générale » (*Generalklausel*), censée recueillir les cas qui ne peuvent se résoudre (convenablement) sur les autres fondements juridiques<sup>368</sup>. Par sa nature, elle confère au juge une grande marge d'appréciation. Dans l'esprit de ses auteurs, elle est conçue toutefois comme une soupape de sécurité et doit de ce fait être interprétée restrictivement<sup>369</sup>. On notera que son champ d'application a été réduit considérablement au cours de la transposition de la directive relative aux droits des consommateurs précitée : pour se mettre en conformité avec ladite directive, le législateur allemand a limité son application aux cas d'exécution non conforme<sup>370</sup>. Désormais, il sera donc impossible au créancier, victime d'une absence d'exécution ou d'un retard dans l'exécution (*Nichtleistung*), de résoudre immédiatement le contrat sur le fondement de cette « clause générale ».

<sup>365</sup> V. C.-W. CANARIS, « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », JZ 2001, p. 510.

<sup>366</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 419.

<sup>367</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. préc., n° 183, p. 314 (à propos du caractère détaillé des (anciennes) règles allemandes relatives à la résolution pour inexécution). L'affirmation traduit bien entendu le point de vue d'un juriste français, habitué à la facture plus générale du Code civil français.

<sup>368</sup> C.-W. CANARIS, « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », art. préc., p. 15. Tombe dans le champ d'application de cette « clause générale » l'hypothèse dans laquelle le vendeur a dissimulé (intentionnellement) le défaut au moment de la conclusion du contrat. En effet, une telle réticence dolosive (*arglistige Täuschung*) met à mal le rapport de confiance nécessaire à l'exécution correctrice : v. BGH (Beschluss) 5. Zivilsenat, 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, p. 835 et s.

<sup>369</sup> C.-W. CANARIS, *ibid.*

<sup>370</sup> V. BT-Drucks. 17/12637, p. 59. La directive en question soumet, en principe, la résolution du contrat à l'exigence d'un délai supplémentaire et ne prévoit que deux cas (uniquement) où le consommateur peut mettre fin au contrat immédiatement, et qui correspondent aux deux premiers cas visés par le § 323 al. 2 BGB. La « clause générale » du § 323 al. 2, n° 3 BGB, ne trouve pas d'équivalent dans la directive. Elle a donc été supprimée pour le type d'inexécution qui est réglé par la directive, à savoir l'absence ou le retard dans l'exécution du contrat. Le législateur allemand n'a toutefois pas exclu que l'on puisse recourir, dans certains cas extrêmes, au § 242 BGB !

En résumé, le droit allemand s'est volontairement démarqué du droit européen des contrats pour réglementer (de façon plus sûre et plus précise) le droit de résolution du créancier. « Pas trop de Principes européens, ni même de droit international de la vente ! », telle était la devise des auteurs de la réforme allemande du droit des obligations en la matière<sup>371</sup>.

## § 2. LE MODÈLE SOUPLE DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS

**608.** Les projets de droit européen des contrats adoptent une logique inverse de celle du droit allemand : ils subordonnent en principe la résolution à l'existence d'une inexécution « essentielle » (A) et permettent exceptionnellement le recours au mécanisme de la *Nachfrist* dans les cas où l'appréciation du caractère essentiel de l'inexécution est difficile (B).

### A. LA NOTION SOUPLE D'INEXÉCUTION ESSENTIELLE, CONDITION DE LA RÉOLUTION

**609.** Dans la mesure où ils ont servi de modèle aux projets qui ont suivi, on partira ici des dispositions retenues par les PDEC. Conformément à l'article 9.301 (1) PDEC, « Une partie peut résoudre le contrat s'il y a inexécution essentielle de la part du cocontractant »<sup>372</sup>.

On notera en premier lieu que le critère de l'inexécution essentielle, qui vaut pour tout type d'inexécution, est plus strict que celui qui est retenu par le droit allemand en cas d'exécution non-conforme. Dans ce dernier cas on l'a vu, il suffit que l'inexécution ne soit pas « mineure » (*unerheblich*) pour pouvoir résoudre le contrat (v. le § 323 al. 5 BGB). C'est dire qu'en cas de mauvaise exécution, les projets de droit européen des contrats limitent davantage le droit de résolution que le BGB.

---

<sup>371</sup> S. GRUNDMANN, « Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht – insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung », art. préc., p. 307 : « Für *Canaris* (...) sollte das Gesetz an wichtigen Stellen in seiner generalklauselartigen Unbestimmtheit korrigiert werden – nicht zu viel European Principles, ja nicht einmal zu viel UN-Kaufrecht ! ».

**610.** La proposition de règlement d'un droit commun européen de la vente adopte sur ce point une position intermédiaire. En effet, elle subordonne en principe le droit de résolution de l'acheteur à une inexécution essentielle (v. l'art. 114 al. 1). Mais lorsque l'inexécution est due à un défaut de conformité et qu'il s'agit d'un contrat de consommation, il suffit que le défaut de conformité ne soit pas « mineur » (v. l'art. 114 al. 2). Le droit de résolution est donc fonction de deux seuils de gravité différents suivant que l'on est en présence d'une absence d'exécution ou d'une mauvaise exécution. Outre le fait que la solution vient mettre à néant l'un des avantages majeurs liés à la notion unitaire d'inexécution, qui est d'éviter les problèmes de délimitation entre les divers cas d'inexécution, la consécration de deux seuils différents, dont le dernier ne fait d'ailleurs l'objet d'aucune définition, constitue un facteur d'insécurité supplémentaire<sup>373</sup>.

Car la notion d'inexécution essentielle, qui est le seuil de droit commun de la résolution, constitue à elle seule une source d'insécurité. C'est cette seconde considération qui nous retiendra ici.

En effet, la notion d'inexécution essentielle est une notion-cadre à contenu variable qui laisse une marge d'interprétation à son utilisateur. Par nature, elle est affectée d'un quotient d'incertitude. La question est de savoir si cette notion confère au juge un pouvoir discrétionnaire *a posteriori*, c'est-à-dire le pouvoir de décider *librement* du bien-fondé de la résolution actionnée par le créancier. Dans l'affirmative, il faudrait reconnaître que *le droit* conféré au créancier de résoudre unilatéralement est plus fictif que réel.

La nature des pouvoirs du juge en présence de notions-cadre à contenu variable étant fort controversée (v. notre première partie), on ne s'étonnera pas de trouver ici diverses analyses quant à l'étendue des pouvoirs du juge. Si l'analyse qui postule que le juge exerce un pouvoir discrétionnaire nous paraît contestable (1), c'est parce que le pouvoir d'appréciation du juge se voit encadré à plusieurs titres (2).

---

<sup>372</sup> V. également l'art. III.-3.502 PCCR ; les art. 114 et 134 DCEV. V. en ce sens déjà les art. 49 et 64 CVIM.

<sup>373</sup> V. à ce titre B. ZÖCHLING-JUD, « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ?*, München, Sellier. European law publishers, 2012, p. 341.

### *1. La thèse contestable du pouvoir discrétionnaire du juge*

**611.** Dans sa fameuse étude comparative sur les remèdes à l'inexécution du contrat, Guenter H. Treitel n'a pas manqué de relever le caractère particulièrement vague de la notion d'inexécution essentielle et la difficulté, voire l'impossibilité d'en préciser les contours. Il en déduisait que la délicate pesée des intérêts requise en la matière constituait un terrain de prédilection pour le pouvoir discrétionnaire du juge et non un objet de réglementation préalable par des prescriptions déterminées<sup>374</sup>.

Il est rejoint en cela par d'autres auteurs, même allemands, qui considèrent que la libération du créancier dépend d'une décision discrétionnaire du juge partout où il n'existe qu'une formule générale à disposition des justiciables et des juges<sup>375</sup>. Et l'on n'hésite pas à rapprocher alors dans les faits le modèle de résolution judiciaire français avec ce modèle de résolution unilatérale souple<sup>376</sup>.

Autant de considérations qui confortent l'idée, défendue par M. Genicon, que la résolution du contrat est *universellement* judiciaire<sup>377</sup>.

Il est vrai qu'il est difficile de déterminer d'avance et avec certitude ce que les juges qualifieront d'inexécution essentielle dans le cadre d'un contrôle *a posteriori*. Cette incertitude est particulièrement nuisible dans le domaine des échanges commerciaux.

Aussi peut-on regretter que la proposition de règlement d'un droit commun européen de la vente vienne ajouter une insécurité supplémentaire au régime déjà incertain de la résolution, venant relativiser encore davantage le droit de l'acheteur à la résolution.

L'article 109 al. 3 prévoit en effet que « La notification de la résolution [par l'acheteur] n'exclut pas une offre de correction [par le vendeur] ». C'est dire que le vendeur peut bloquer le droit de résolution de l'acheteur par le biais d'une offre de

---

<sup>374</sup> G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, IECL, vol. VIII, part 2, chap. 16, n° 161, p. 126 : « The delicate balancing of interests that is required in this area is pre-eminently a matter for judicial discretion, and not one that can be determined in advance by fixed rules ».

<sup>375</sup> V. en particulier A. FLESSNER, « Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung », ZEuP 1997, p. 270 : « Faktisch ist es überall so [Ermessensentscheidung des Gerichts] wo für die Befreiung des Gläubigers mehr als eine allgemeine Formel nicht zur Verfügung steht ».

<sup>376</sup> V. à ce titre A. FLESSNER, art. préc., p. 270.

correction<sup>378</sup> ! Ce dernier n'est en droit de refuser l'offre de correction que dans certaines circonstances précisées à l'article 109 al. 4<sup>379</sup>.

Cette faculté de blocage conférée au vendeur est en elle-même fort contestable. En effet, elle contrevient au mécanisme même de la « notification ». On sait en effet que les remèdes unilatéraux, tels la résolution extrajudiciaire, sont actionnés par voie de notification au débiteur. On ne peut reprocher au législateur européen d'avoir méconnu l'importance capitale de cette notion en pratique puisque celle-ci fait l'objet d'une définition générale à titre préliminaire : elle figure à ce titre au sein des « Principes généraux » (v. l'art. 10). La notion y est définie comme incluant « la communication de toute *déclaration destinée à produire des effets juridiques* ou à transmettre des informations à finalité juridique »<sup>380</sup>. Celle-ci « peut être faite par tout moyen approprié aux circonstances »<sup>381</sup>. Il est précisé en outre qu'« Une notification prend effet lorsqu'elle parvient à son destinataire, à moins qu'elle ne prévoit un effet différé »<sup>382</sup>. C'est la consécration de l'« acte réceptice » du droit allemand<sup>383</sup>. En principe donc, la notification de la résolution opère par elle-même une modification de l'ordre juridique dès qu'elle parvient à son destinataire. Car l'acte juridique unilatéral qu'est la notification est efficace par lui-même<sup>384</sup>. Or, admettre que le vendeur puisse faire obstacle à la résolution en offrant une exécution corrective, *même après notification de celle-ci*, signifie logiquement que la notification n'entraîne pas à elle seule la résolution<sup>385</sup>. Plus précisément, elle ne l'emporte que sous condition de l'absence d'offre de correction acceptable au sens du

---

<sup>377</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 418 et s.

<sup>378</sup> U. MAGNUS, « CISG and CESL », in *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, Djøf. Publ., 2012, p. 250. Rappelons ici qu'en vertu de l'art. 106 al. 3 (h), le droit de correction du vendeur ne s'applique pas aux contrats de consommation.

<sup>379</sup> Elles sont au nombre de trois : (a) la correction ne peut pas être effectuée rapidement et sans inconvénients significatifs pour l'acheteur ; (b) l'acheteur a des motifs de croire qu'il ne pourra pas se fier à l'exécution à venir du vendeur ; ou (c) un retard d'exécution équivaldrait à une inexécution essentielle.

<sup>380</sup> Art. 10 al. 1 DCEV (nous soulignons).

<sup>381</sup> Art. 10 al. 2 DCEV.

<sup>382</sup> Art. 10 al. 3 DCEV (nous soulignons).

<sup>383</sup> Notons qu'en droit allemand, les « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) s'exercent par une déclaration de volonté qu'adresse le titulaire du droit à l'autre partie (v. par ex. le § 349 BGB : « La résolution s'opère par une déclaration adressée à l'autre partie »). Cette déclaration de volonté est un acte juridique unilatéral soumis à réception. Elle produit ses effets (par elle-même) dès qu'elle est parvenue (*zugegangen*) à son destinataire. Sur tous ces aspects, v. M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2004, n° 249.

<sup>384</sup> V. Ch. ATIAS, « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », D. 2013, p. 1765 et s.

<sup>385</sup> V. l'analyse très juste d'Y.-M. LAITHIER, « Observations sur les moyens d'action en cas d'inexécution des obligations contractuelles », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 201.

texte<sup>386</sup>. Cette solution nous semble contraire à l'essence même de l'acte unilatéral et source d'insécurité<sup>387</sup>.

Insécurité d'autant plus grande que cette faculté de blocage accordée au vendeur est assortie d'un certain nombre d'exceptions. Or ce jeu du principe et de l'exception invite évidemment le juge à opérer une pondération des intérêts en présence. Celui-ci sera amené en même temps à déterminer le moment où la résolution a pu jouer, ce qui renforce son pouvoir dans le jeu de la résolution (unilatérale) du contrat.

L'ensemble du dispositif tend à placer le droit de résolution de l'acheteur sous la dépendance du pouvoir d'appréciation du juge.

**612.** Indépendamment de cette particularité du dispositif retenu par le projet d'un droit commun européen de la vente, le juge pénètre nécessairement dans le mécanisme de la résolution. En effet, la question de l'inexécution « essentielle » finit par échouer devant le juge et c'est essentiellement dans sa jurisprudence que l'on peut trouver le matériau permettant de se faire une idée plus précise des raisons qui conduisent à la résolution pour inexécution<sup>388</sup>.

Peut-on considérer pour autant que le pouvoir d'appréciation du juge, tel qu'il découle des projets de droit européen des contrats, est aussi étendu que celui dont bénéficie le juge français en vertu de l'article 1184 C. civ. ? Il nous semble que la réponse positive apportée par les partisans de la thèse du pouvoir discrétionnaire découle principalement d'une approche anglo-américaine de la question, voire d'une approche fonctionnelle du droit comparé. A l'instar de M. Genicon, nous estimons, au contraire, que le pouvoir d'appréciation du juge est beaucoup plus encadré dans les projets de droit européen des contrats qu'en droit français<sup>389</sup>, ce qui relativise fortement la thèse du pouvoir discrétionnaire du juge.

---

<sup>386</sup> *Ibid.*

<sup>387</sup> Notons qu'en droit allemand, on enseigne communément que l'exercice des « droits formateurs » ne saurait être mis sous condition (fameux principe de la « *Bedingungsfeindlichkeit* » des « droits formateurs »). Ce principe, que le législateur a consacré dans certains cas spéciaux (v. par ex. le § 1594 al. 3 BGB qui dispose que « Une reconnaissance [de paternité] sous condition ou détermination de temps est inefficace »), est admis plus généralement en jurisprudence (v. RG, 17.5.1907, RGZ 66, p. 153 et s.). L'exercice d'un « droit formateur » doit créer *immédiatement* un certain effet de droit. Il est vrai que ce principe vise essentiellement à protéger le destinataire du « droit formateur ». Ce dernier ne doit pas être obligé de prendre diverses précautions afin de faire face aux différents scénarios possibles. Le titulaire du droit est contraint, de ce fait, de prendre une décision claire et inconditionnée.

<sup>388</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 418.

<sup>389</sup> *Ibid.*, n° 418 et s.



## 2. Un pouvoir d'appréciation encadré

**613.** Deux facteurs liés réduisent la liberté du juge dans les projets de droit européen des contrats : contrairement au législateur français, les auteurs des divers projets en question ont pris le parti de définir abstraitement le manquement résolutoire (a). Cet effort de définition de la notion d'inexécution essentielle, censé guider les juges dans leur appréciation, les invite à leur tour à systématiser leurs solutions, ce qui devrait réduire progressivement leur marge d'appréciation (b).

### a) Effort de définition

**614.** Force est de constater que les projets de droit européen des contrats s'efforcent de définir ce qu'est une inexécution essentielle.

A titre d'exemple, on peut mentionner l'article 8.103 PDEC qui énonce que « L'inexécution d'une obligation est essentielle lorsque

- (a) la stricte observation de l'obligation est de l'essence du contrat,
- (b) l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pas pu raisonnablement prévoir ce résultat,
- (c) ou l'inexécution est intentionnelle et donne à croire au créancier qu'il ne peut pas compter dans l'avenir sur une exécution par l'autre partie »<sup>390</sup>.

Le second élément de définition (le b) est particulièrement digne d'intérêt, dans la mesure où il s'attache à la *gravité* des conséquences de l'inexécution<sup>391</sup>. Il ressort du libellé que la portée du manquement doit être appréciée du point de vue du cocontractant lésé. Pour qualifier l'inexécution d'essentielle, il convient de

---

<sup>390</sup> Les autres codifications doctrinales européennes retiennent peu ou prou la même définition : v. l'art. III. – 3.502 (2) PCCR ; l'art. 87 al. 2 DCEV. Bien qu'il existe des recoupements évidents avec la CVIM (comp. l'art. 25), les codifications précitées ont tenté de définir plus précisément la notion d'inexécution essentielle : v. sur ce point O. LANDO, « Termination For Breach of Contract in the CISG, the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Chinese Law », in *The Future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 198.

<sup>391</sup> Comme le souligne la Commission LANDO, « selon l'article 8.103 (a) le facteur important n'est pas la gravité en soi de la violation mais la volonté qu'ont eue les parties de donner au respect strict du contrat un caractère essentiel, de sorte que tout écart détruit le fondement même du contrat et autorise l'autre partie à être libérée de ses propres obligations » : *Principes du droit européen du contrat, op. cit.*, commentaire II sous l'art. 8.103, p. 327.

déterminer dans un premier temps les attentes légitimes du créancier et d'apprécier dans un second temps l'intensité de l'atteinte à ces attentes<sup>392</sup>. C'est au stade de la formation du contrat qu'il convient de se placer pour les définir, ce qui est conforté par l'idée que la qualification d'inexécution essentielle doit être écartée lorsque le débiteur n'a pas prévu ou n'a pas pu raisonnablement prévoir ce résultat<sup>393</sup>. On rejoint ici la définition retenue par la CVIM (comp. l'art. 25 CVIM<sup>394</sup>).

Bien qu'une telle définition laisse entrevoir une importante place accordée au juge dans l'interprétation du contrat<sup>395</sup>, il n'en demeure pas moins que le juge se voit encadré dans son appréciation du caractère essentiel de l'inexécution. Le juge est invité en effet à raisonner à partir des éléments de définition donnés et à s'y référer pour rendre sa décision. Au vu de leur degré d'abstraction et de généralité, il sera amené en même temps à les préciser dans chaque espèce. Si la marge de manœuvre du juge est bien réelle, elle est tout de même autoritairement réduite, au moins en théorie<sup>396</sup>.

Comme l'a parfaitement noté M. Genicon, alors même que le manquement résolutoire demeure partout dans la main du juge, il reste que, dans un système de résolution unilatérale, la nécessité d'éclairer le créancier explique, d'une part, pourquoi le seuil de gravité du manquement tend à être précisé, de façon que ce dernier puisse se décider sereinement, et d'autre part, qu'il soit fixé assez haut, de façon qu'il agisse sans débordement<sup>397</sup>. Et l'auteur n'hésite pas à voir ici une différence irréductible avec les systèmes de résolution judiciaire<sup>398</sup>.

Ce besoin de sécurité pour le créancier, qui est à l'origine de cet effort de définition du manquement résolutoire par le « législateur », devrait conduire également les juges à systématiser davantage leurs solutions.

---

<sup>392</sup> V. G. et L.-F. PIGNARRE, « L'inexécution essentielle et ses implications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement », PA 24 décembre 2013, p. 48 et s. (dont l'analyse vaut tout autant pour les PDEC).

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> Art. 25 CVIM : « Une contravention au contrat commise par l'une des parties est essentielle lorsqu'elle cause à l'autre partie un préjudice tel qu'elle la prive substantiellement de ce que celle-ci était en droit d'attendre du contrat, à moins que la partie en défaut n'ait pas prévu un tel résultat et qu'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation ne l'aurait pas prévu non plus ».

<sup>395</sup> V. G. et L.-F. PIGNARRE, « L'inexécution essentielle et ses implications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement », art. préc., p. 48 et s.

<sup>396</sup> Comp. Th. GENICON, th. préc., n° 385 (à propos de certains régimes spéciaux de résolution en droit français).

<sup>397</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 420.

<sup>398</sup> *Ibid.*

### *b) Effort de systématisation*

**615.** Notons que cet effort de systématisation pourrait s'imposer en raison même de l'existence d'une définition « légale » du manquement résolutoire. En effet, les juges sont invités ici à faire entrer les faits dans la catégorie juridique prédéterminée qu'est la notion d'inexécution essentielle. Il s'agit incontestablement d'une notion juridique.

A défaut de pouvoir observer la démarche intellectuelle des juges en lien avec la réglementation retenue par les codifications doctrinales européennes, celles-ci n'étant pas en vigueur, on relatera ici la pratique des tribunaux allemands concernant le cas spécifique de l'exécution non-conforme, où la résolution est exclue en cas de défaut « mineur » (*unerheblich*) (v. le § 323 al. 5 BGB).

Ce qui ressort nettement de la jurisprudence rendue en la matière, c'est le rôle important joué par la juridiction du droit dans la définition de ce défaut « mineur ». La Cour fédérale allemande a été amenée à plusieurs reprises à préciser les contours de la notion de défaut « mineur » et a posé à ce titre certaines directives qui s'imposent aux juges du fond. Elle a pris position notamment sur la question de l'incidence du caractère réparable du défaut sur sa qualification de défaut « grave » (*erheblich*)<sup>399</sup>. Dans un arrêt du 29 juin 2011, elle a énoncé qu'en présence d'un défaut réparable (*behebbar*), la résolution est exclue dès lors que les coûts de réparation sont minimes par rapport au prix de vente, ce qui est le cas lorsqu'ils correspondent à 1% du prix de vente<sup>400</sup>. C'est dire qu'en cas de défaut réparable, la « gravité » du défaut se mesure principalement à l'aune des rapports entre le coût de réparation et le prix de vente et non au regard de l'ampleur de l'altération du fonctionnement de la chose<sup>401</sup>. Selon la Cour, cette dernière considération n'a vocation à jouer que lorsque la chose ne peut pas être réparée ou seulement à raison

<sup>399</sup> Notons que cette question, importante en pratique, est controversée dans le cadre de la CVIM : v. sur ce point B. LURGER, « Überblick über die Judikaturentwicklung zu ausgewählten Fragen des CISG – Teil II », IHR 2005, p. 225 et s.

<sup>400</sup> BGH 8. Zivilsenat, 29.6.2011, VIII ZR 202/10, NJW 2011, p. 2872 et s.

<sup>401</sup> V. décision préc., pt. 20 et 21 : « Für die Erheblichkeit eines behebbaren Mangels im Rahmen des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB kommt es regelmäßig auf die Relation zwischen den Kosten der Mängelbeseitigung und dem Kaufpreis an (...) » ; « (...) ist für die Frage der Erheblichkeit der Pflichtverletzung im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB bei behebbaren Mängeln grundsätzlich auf die Kosten der Mängelbeseitigung und nicht auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung abzustellen ».

de coûts élevés ou que l'origine du défaut est inconnue au moment de la « notification » de la résolution<sup>402</sup>. Dans une autre décision, la haute juridiction allemande est venue préciser que pour apprécier la gravité du défaut, il fallait se placer au moment de la « notification » de la résolution faite par le créancier<sup>403</sup>. Elle a considéré à cet effet qu'un défaut « grave » (*erheblich*) au moment de la notification de la résolution ne pouvait devenir « mineur » (*unerheblich*) pour la seule raison qu'il ait pu être réparé (au moins provisoirement) par un expert dans le cadre d'une procédure faisant suite au litige entre les parties<sup>404</sup>. L'appréciation des juges du fond se voit donc encadrée.

**616.** La jurisprudence allemande fait preuve de la même démarche à l'égard des dispositions de la CVIM. Dans sa fameuse décision « Sulfate de cobalt » (*Kobaltsulfat-Fall*) en date du 3 avril 1996, la Cour fédérale allemande s'est prononcée de façon détaillée sur la notion de contravention essentielle au sens de l'article 25 CVIM<sup>405</sup>. Elle y a fixé sa ligne d'argumentation. En l'espèce, un vendeur néerlandais avait vendu une grande quantité de sulfate de cobalt à une société allemande. Il était convenu que le produit soit d'origine britannique. Or, le produit livré provenait d'Afrique du sud et n'était pas conforme non plus aux qualités convenues entre les parties. En particulier, le produit était impropre à une utilisation chimique ou pharmaceutique. Le défaut de conformité n'était pas « réparable ». L'acheteuse allemande refusa de payer le prix et déclara le contrat résolu pour contravention essentielle au contrat. La Cour fédérale allemande lui donna tort.

Tout en reconnaissant le défaut de conformité de la marchandise, la Cour a jugé que la contravention ne présentait pas un caractère essentiel. Elle a commencé par relever que les qualités qui faisaient défaut n'avaient pas été qualifiées d'essentielles dans le document contractuel. Elle a énoncé ensuite qu'à défaut d'une telle stipulation, et pour apprécier le caractère essentiel de la contravention, il

---

<sup>402</sup> V. décision préc., pt. 21 : « Auf das Ausmaß der Funktionsbeeinträchtigung kommt es vielmehr nur dann entscheidend an, wenn der Mangel nicht oder nur mit hohen Kosten behebbar oder die Mangelursache im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung ungeklärt ist (...) ».

<sup>403</sup> BGH 8. Zivilsenat, 5.11.2008, VIII ZR 166/07, NJW 2009, p. 508.

<sup>404</sup> Décision préc., pt. 20 : « Beizupflichten ist auch der weiteren Erwägung des Berufungsgerichts, dass ein im Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht dadurch unerheblich werden kann, dass es – wie hier – im Verlauf der sich anschließenden Auseinandersetzung einem gerichtlich bestellten Sachverständigen gelingt, den Mangel zumindest provisorisch zu beseitigen ».

<sup>405</sup> BGH 8. Zivilsenat, 3.4.1996, BGHZ 132, p. 298 et s. Pour une présentation de cette décision en France, v. N. SPIEGEL, « Obligation de livrer une chose conforme au regard de la Convention internationale de marchandises et délivrance des documents contractuels accessoires », D. 1997, p. 218 ; P. SCHLECHTRIEM, C. WITZ, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008, n° 176.

convenait de respecter la tendance générale de la convention qui réserve le droit de résolution aux cas graves dans lesquels le recours à la diminution du prix ou aux dommages-intérêts ne serait pas suffisant pour protéger les intérêts légitimes de l'acheteur (résolution comme remède ultime ; *ultima-ratio-Prinzip*). La Cour a rappelé également que le caractère essentiel de la contravention relevait en premier lieu de l'appréciation des juges du fond. Tout en soulignant le caractère déterminant des circonstances du cas particulier, elle a invité les juges du fond à apprécier avant tout les possibilités de l'acheteur de disposer (autrement) de la marchandise défectueuse. Ici, les juges avaient relevé que le produit livré était encore susceptible d'être commercialisé (pour un prix réduit) en tant que fourrage pour les animaux. L'acheteuse n'était donc en droit d'exiger de son vendeur qu'une diminution du prix ou des dommages-intérêts.

Il est vrai qu'il pourrait s'agir ici d'une démarche propre aux juges allemands. Lorsqu'on compare les décisions allemandes avec les décisions étrangères, on s'aperçoit que le juge allemand a tendance à appliquer des critères plus stricts que ses collègues étrangers pour caractériser un défaut de conformité essentiel<sup>406</sup>. En effet, certains tribunaux étrangers ne vérifient pas si la marchandise défectueuse peut être revendue ou utilisée à un autre escient et ne se réfèrent pas non plus au principe qui veut que la résolution du contrat soit un remède ultime, de dernier ordre<sup>407</sup>. Les décisions de la Cour de cassation rendues sur le fondement de l'article 25 CVIM sont, dans l'ensemble, plus succinctes dans leur motivation que les décisions allemandes. Contrairement à son homologue allemand, la haute juridiction française se contente généralement de vérifier que les juges du fond ont suffisamment motivé leur décision.

Malgré ces différences que l'on pourrait qualifier de culturelles, il nous semble qu'un encadrement toujours plus étroit du pouvoir d'appréciation des juges du fond soit incontournable. En effet, pour garantir l'uniformité des solutions ainsi qu'une certaine sécurité juridique pour la partie victime de l'inexécution qui souhaite obtenir la résolution du contrat, les juges ne peuvent faire complètement abstraction des

---

<sup>406</sup> C'est le constat effectué par B. LURGER, « Überblick über die Judikaturentwicklung zu ausgewählten Fragen des CISG – Teil II », art. préc., p. 224 ; P. SCHLECHTRIEM, C. WITZ, *op. cit.*, n° 176 : « Alors que la Cour fédérale de justice allemande et le Tribunal fédéral suisse sont relativement exigeants, les juridictions françaises et autrichiennes tout comme les juridictions américaines admettent, quant à elles, assez facilement l'existence d'une contravention essentielle ».

<sup>407</sup> C'est le cas par ex. de Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 1996, Bull. I, n° 38.

autres décisions rendues en la matière et rendre des jugements au cas par cas<sup>408</sup>. On ne peut qu'encourager les juges nationaux ainsi que la doctrine (qui a tout son rôle à jouer pour guider l'appréciation des juges) à s'intéresser aux décisions étrangères en vue d'apporter une solution au litige. Ce qui vaut pour la CVIM vaut tout autant pour les projets de droit européen des contrats. Le jour où le droit européen des contrats (ou de la vente) deviendra réalité, le rôle des juges deviendra capital car ce sont eux qui devront veiller à l'application uniforme des règles contractuelles européennes.

C'est précisément ce souci de sécurité juridique qui a amené les auteurs des projets de droit européen des contrats à adopter le mécanisme allemand de la *Nachfrist* comme condition alternative de la résolution du contrat.

### ***B. LE DÉLAI D'EXÉCUTION, CONDITION ALTERNATIVE DE LA RÉOLUTION***

**617.** En principe, comme nous l'avons vu, la résolution unilatérale ne saurait jouer si l'inexécution n'est pas essentielle (v. l'art. 9.301 (1) PDEC). *Pour le cas spécial du retard dans l'exécution*, les projets de réforme du droit européen des contrats prévoient néanmoins une modalité spécifique de rupture : le délai d'exécution (v. l'art. 9.301 (2) PDEC<sup>409</sup>).

Les auteurs des projets respectifs justifient ce traitement spécial du retard dans l'exécution par le fait qu'il est souvent difficile d'apprécier si le retard constitue ou non une inexécution essentielle<sup>410</sup>. Pour éviter cette incertitude, la partie victime du retard est autorisée à impartir un délai d'exécution supplémentaire à son cocontractant et à résoudre le contrat à l'expiration dudit délai si celui-ci n'a pas exécuté. Le délai d'exécution a donc pour effet de conférer un caractère essentiel au retard<sup>411</sup>.

<sup>408</sup> Comp. O. LANDO, « Termination For Breach of Contract in the CISG, the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Chinese Law », art. préc., p. 210 : « Comparable cases reported on CISG in the various jurisdictions show few differences ».

<sup>409</sup> Art. 9.301 (2) PDEC : « En cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat en vertu de l'article 8.106, alinéa (3) ». Rapp. l'art. III.-3.503 PCCR ; l'art. 115 DCEV ; l'art. 49 (1) (b) CVIM.

Art. 8.106 (3) PDEC : « Lorsque le retard dans l'exécution ne constitue pas une inexécution essentielle et que le créancier a dans sa notification impartit un délai supplémentaire de durée raisonnable, il est fondé à résoudre le contrat à l'expiration dudit délai si le débiteur n'a pas exécuté. (...) ».

<sup>410</sup> V. O. LANDO, « Termination For Breach of Contract in the CISG, the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Chinese Law », art. préc., p. 206.

<sup>411</sup> V. O. LANDO, *ibid.* : « *Nachfrist* (...) "makes a non-performance fundamental" in the case of a delay ». La doctrine majoritaire s'accorde sur le fait que ce traitement spécial ne vaut que pour le cas du retard (absence

On mesure ici à nouveau combien le mécanisme allemand de la *Nachfrist* constitue un moyen sûr pour le créancier de résoudre le contrat. En effet, par ce biais, le manquement peut être facilement caractérisé : c'est un moyen idéal pour se passer de l'intervention du juge et pour abandonner l'appréciation de l'inexécution au créancier.

Il n'est pas sûr que le droit français veuille abandonner cette appréciation au créancier, même lorsqu'il admet la résolution unilatérale du contrat.

## SECTION II - MODÈLE RETENU EN DROIT FRANÇAIS (ANALYSE EN DROIT POSITIF ET PROSPECTIF)

**618.** En France, la résolution unilatérale est une figure juridique récente qui a été consacrée par la jurisprudence en dépit de l'article 1184 C. civ., qui prévoit que la résolution du contrat « doit être demandée en justice ». Cette résolution extrajudiciaire a été admise en l'absence de toute clause résolutoire réservant au créancier une faculté de résolution de plein droit<sup>412</sup> ou de toute disposition légale particulière (comp. l'art. 1134 al. 2 C. civ.). Faute pour l'heure d'être intégré dans le Code civil, ce mode de résolution est doté d'un régime sommaire<sup>413</sup>. Les projets de réforme du droit des contrats apportent parfois quelques précisions. Il convient de dégager les spécificités du modèle français de résolution unilatérale par rapport aux modèles allemand et européen. Globalement, le régime retenu en droit français dénote la difficulté qu'ont les juristes français de se départir de la logique de la résolution judiciaire et d'envisager la résolution unilatérale comme un véritable droit subjectif du créancier. Ceci se traduit dans les conditions posées pour pouvoir résoudre

---

totale d'inexécution) et non pour celui de l'exécution non-conforme ; et ce pour garantir que la résolution du contrat ne puisse intervenir qu'en cas de défauts *essentiels* de la marchandise livrée. Autrement dit, il n'est pas possible de rendre un défaut de conformité essentiel en accordant un délai d'exécution supplémentaire à son cocontractant.

<sup>412</sup> La validité de ces clauses résolutoires a été très tôt admise : v. Civ., 2 juillet 1860, DP 1860, 1, p. 284.

<sup>413</sup> L. SAUTONIE-LAGUIONIE, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », RDC 2013, p. 1643 et s., n° 13.

unilatéralement le contrat (§ 1) ainsi que dans l'étendue du contrôle opéré par le juge *a posteriori* (§ 2).

### **§ 1. LES CONDITIONS DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE**

**619.** Sans qu'il soit nécessaire de parler d'« emprunt » aux droits étrangers, force est de constater que le droit français a choisi de faire dépendre la résolution unilatérale d'un critère substantiel, à l'instar des projets de droit européen des contrats (A). La doctrine majoritaire aimerait la voir subordonnée en outre à certains critères procéduraux, rejoignant ainsi le droit allemand (B). Ce cumul des critères substantiel et procéduraux est significatif de la méfiance qu'éprouve le droit français à l'égard de cette prérogative unilatérale de sanction qu'est la résolution unilatérale pour inexécution et de sa volonté de prévenir tout abus de pouvoir de la part du créancier.

#### **A. LE CHOIX D'UN CRITÈRE SUBSTANTIEL SOUPLE**

**620.** Comme nous l'avons vu plus haut, le législateur français a abandonné à la jurisprudence le soin de fixer le seuil d'inexécution propre à entraîner la résolution *judiciaire* du contrat. Celui-ci est fixé au cas par cas par les juges du fond qui jouissent d'un pouvoir souverain pour apprécier si les manquements du débiteur sont suffisamment graves pour justifier la résolution. Si cette solution s'accorde parfaitement avec un système de résolution judiciaire, elle est préjudiciable dans un système de résolution unilatérale où le créancier doit connaître à l'avance les conditions qui l'autorisent à exercer son droit de résolution.

Or, sur ce point précisément, le droit français positif (1) et prospectif (2) reste assez énigmatique, préférant s'en tenir à des formules larges et souples, conférant un large pouvoir d'appréciation au juge.



### ***1. L'énigmatique « gravité du comportement »<sup>414</sup> du droit positif***

**621.** La résolution unilatérale a été reconnue pour la première fois par la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 13 octobre 1998<sup>415</sup>. En l'espèce, un médecin anesthésiste, M. Tocqueville, qui exerçait en contrat d'exercice libéral auprès d'une clinique, avait méconnu une clause du contrat qui lui imposait de ne pas consulter et pratiquer en dehors. Après une mise en demeure restée infructueuse, la clinique lui notifia qu'elle mettait fin à leur relation contractuelle après un préavis de six mois. La cour d'appel valida la rupture unilatéralement décidée et la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par M. Tocqueville au motif bien connu que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ». La première chambre civile a réitéré cette solution dans un arrêt de censure rendu sous le double visa des articles 1134 et 1184 C. civ. le 20 février 2001<sup>416</sup>. Reprenant la formule précitée, elle a ajouté qu'il importe peu que « le contrat soit à durée déterminée ou non ». C'est dire que la faculté de résolution unilatérale n'est pas liée à la durée du contrat, mais s'apprécie uniquement en fonction du comportement de la partie à laquelle on l'oppose<sup>417</sup>.

**622.** La « gravité du comportement d'une partie » a donc été érigée en condition essentielle de la résolution unilatérale. Or que faut-il entendre par là ? La formule a laissé place à l'hésitation. En effet, la Cour de cassation ne l'a pas définie et semble n'exercer qu'un contrôle limité sur sa qualification<sup>418</sup>. Comme en matière de résolution judiciaire, le contrôle exercé par la Cour de cassation paraît ne porter que sur la motivation, puisqu'elle a cassé certaines décisions des juges du fond pour

<sup>414</sup> Intitulé emprunté à L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », art. préc., p. 67.

<sup>415</sup> Fameux arrêt Tocqueville : Bull. I, n° 300, D. 1999, jur., p. 197, note Ch. JAMIN, D. 1999, somm., p. 115, obs. Ph. DELEBECQUE, Defrénois 1999, p. 374, note D. MAZEAUD, RTD civ. 1999, p. 394, obs. J. MESTRE, RTD civ. 1998, p. 506, obs. J. RAYNARD, *GAJC*, t. 2, n° 180. Notons que la Cour de cassation est venue ainsi conforter la jurisprudence de quelques cours d'appel (v. en particulier Colmar, 7 février 1975, D. 1978, jur., p. 169, note P. ORTSCHIEDT) et renouer avec Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1987, D. 1988, jur., p. 1, note Ph. DELEBECQUE.

<sup>416</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, Bull. I, n° 40, D. 2001, p. 1568, note Ch. JAMIN, Defrénois 2001, p. 705, note E. SAVAUX, RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>417</sup> *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-10.

<sup>418</sup> *Ibid.*, n° 462-35.

défaut de base légale, ceux-ci n'ayant pas relevé en quoi le comportement revêtait une gravité suffisante pour justifier cette rupture<sup>419</sup>. Certains auteurs expliquent ce contrôle léger par le large aspect de fait, et par la confiance de principe due aux juges du fond<sup>420</sup>.

**623.** En l'absence de directives de la part de la Cour de cassation, le critère substantiel posé par la jurisprudence a donné lieu à deux types de controverses. La première porte sur la question de savoir si le critère doit être compris de manière objective ou subjective. La deuxième, plus fondamentale, porte sur l'articulation de ce critère avec le critère retenu en matière de résolution judiciaire.

**624.** Pris à la lettre, le critère de la « gravité du comportement » laisse présager une approche plus subjective des conditions de la résolution. Alors qu'en matière de résolution judiciaire, la jurisprudence s'attache traditionnellement à caractériser un *manquement* suffisamment grave, ici, l'accent est mis sur la gravité du *comportement* du débiteur.

Il est donc tentant de traduire le critère du « comportement grave » par l'idée de « faute grave »<sup>421</sup>. Le critère renverrait alors à un manquement de nature morale, à la mauvaise foi ou à la déloyauté du débiteur dans l'exécution<sup>422</sup>. Dans l'arrêt « Tocqueville », c'est bien un certain comportement qui est reproché au médecin anesthésiste plus que le non-respect de la clause du contrat en elle-même, lui interdisant d'exercer à l'extérieur de la clinique. Les juges lui reprochent en effet d'avoir manqué de disponibilité à diverses reprises alors qu'il était de garde, et d'avoir fait preuve de réactions énervées ou brutales envers plusieurs malades, son attitude compromettant leur santé. Cette approche subjective, qui s'inscrit parfaitement dans le mouvement de moralisation des relations contractuelles évoqué

---

<sup>419</sup> *GAJC*, t. 2, n° 180, p. 276. V. en particulier Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, Bull. I, n° 211, RDC 2004, p. 273, obs. L. AYNÈS et D. MAZEAUD, RTD civ. 2004, p. 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES, RLDC 2004/2, n° 40, note E. GARAUD. Dans un arrêt ultérieur (Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2007, n° 06-12.426, Juris-Data n° 2007-040167), la Cour de cassation a clairement qualifié le pouvoir des juges du fond de souverain : « Attendu que, si la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut permettre à l'autre d'y mettre fin de façon unilatérale mais à ses risques et périls, le juge ultérieurement saisi décide souverainement si les manquements invoqués étaient insuffisamment graves pour justifier l'initiative litigieuse » (nous soulignons).

<sup>420</sup> V. J.-P. GRIDEL, « La rupture unilatérale aux risques et périls », RLDC 2007/41, n° 2678, p. 55 (l'auteur est conseiller à la Cour de cassation).

<sup>421</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in *Dossier : Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 72. V. à ce titre Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2009, n° 08-14524.

<sup>422</sup> J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, op. cit., p. 219.

plus haut<sup>423</sup>, n'est pas exempte de critiques. D'aucuns dénoncent son caractère casuistique et son imprévisibilité<sup>424</sup>.

**625.** C'est pourquoi une grande partie de la doctrine préfère s'orienter vers une approche objective de la « gravité du comportement »<sup>425</sup>. Dans cette perspective, l'objet central de l'appréciation du juge ne serait pas tant le comportement du sujet que le résultat que peut avoir ce comportement sur la bonne fin de l'opération contractuelle<sup>426</sup>. Ainsi, le « comportement grave » pourrait être défini comme le comportement qui entraîne des conséquences graves<sup>427</sup>. A ce titre, l'importance de l'obligation inexécutée pour le créancier, son caractère essentiel, « essentialisé », voire accessoire mais nécessaire à la bonne marche du contrat, seraient toujours considérés<sup>428</sup>. Cette approche rejoint celle des projets de droit européen des contrats qui s'attachent en grande partie à la gravité des conséquences de l'inexécution pour caractériser l'inexécution « essentielle » (v. supra). Elle présente l'avantage d'offrir plus de sécurité juridique<sup>429</sup>. Elle peut s'appuyer en outre sur des considérations économiques. Comme l'a rappelé M. Stoffel-Munck, la légitimité de la résolution unilatérale repose, en premier lieu, sur une analyse économique. Sous cet angle, elle ne peut se justifier qu'en raison de l'échec qui menace la relation<sup>430</sup>.

Dans ses dernières décisions, la jurisprudence se réfère à la gravité non plus du « comportement » mais du « manquement »<sup>431</sup>. On y a vu la marque de la volonté de la Cour de cassation de ne pas cantonner la résolution unilatérale à certains « types » de défaillance et le signe d'un alignement sur le critère retenu en matière de résolution judiciaire<sup>432</sup>. Or, il s'agit là d'un aspect fort controversé en doctrine.

<sup>423</sup> V. en particulier B. FAGES, *Le comportement du contractant*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1997, n° 485 : « Le contrat, pour simplifier, n'est plus seulement perçu comme un mécanisme permettant à plusieurs personnes de créer entre elles des obligations contraignantes : il est un lieu où les intéressés ont le devoir de bien se comporter ».

<sup>424</sup> V. S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Defrénois* 2002, art. 37688, p. 383 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 72 et s.

<sup>425</sup> J. ROCHFELD, art. préc., p. 219 ; S. AMRANI-MEKKI, art. préc., p. 383 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 73 et s.

<sup>426</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 72.

<sup>427</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 74.

<sup>428</sup> J. ROCHFELD, art. préc., p. 219 et s. (qui fait référence à l'analyse de S. AMRANI-MEKKI).

<sup>429</sup> V. S. AMRANI-MEKKI, art. préc., p. 384.

<sup>430</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 73. Rappr. C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 559, qui préconise que le critère de la gravité du comportement soit abandonné au profit de l'altération du lien contractuel.

<sup>431</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, n° 06-10.229, inédit, JCP 2007, I, 161, n° 12, obs. P. GROSSER.

<sup>432</sup> P. GROSSER, obs. préc. V. en ce sens déjà Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568 et s.

**626.** En effet, derrière la question de la définition du seuil de gravité de l'inexécution légitimant la résolution unilatérale du contrat se profile la question des rapports entre ce nouveau mode de résolution et le mode de résolution judiciaire traditionnel. Concrètement, il s'agit de déterminer la place que doit occuper la résolution unilatérale dans le panel des sanctions de l'inexécution : s'agit-il d'un principe concurrent à la résolution judiciaire de l'article 1184 C. civ. ou d'une simple exception ? Suivant la préférence accordée à l'une ou l'autre analyse, le seuil de gravité sera défini de façon plus ou moins stricte.

Les enjeux du débat ont été clairement exposés par M. Genicon : si la rupture unilatérale peut être simplement justifiée par un manquement suffisamment grave (au sens classique de l'article 1184), la résolution judiciaire est remplacée par elle et la rupture unilatérale devient le mécanisme de principe (au moins concurremment avec la résolution judiciaire). A l'inverse, si la rupture unilatérale doit être réservée à la sanction de certaines fautes particulièrement choquantes, elle continue, comme cela a toujours été le cas, à être un mécanisme d'exception, la résolution demeurant par principe judiciaire<sup>433</sup>. Il y va donc ni plus ni moins de la pérennité du mécanisme de la résolution judiciaire pour inexécution ! Le questionnement est révélateur à lui seul de cette spécificité culturelle française, évoquée plus haut, qui consiste à voir dans chaque prérogative unilatérale de sanction un empiètement sur la fonction du juge, et par conséquent une prérogative foncièrement dérogoire au droit commun (v. supra)<sup>434</sup>.

Conformément à cette tradition juridique française, certains auteurs estiment ainsi que le seuil du manquement exigé pour la résolution unilatérale devrait être plus élevé que celui qui est requis en matière de résolution judiciaire<sup>435</sup>. Par suite, il faudrait opérer une distinction selon les manquements : les manquements simplement graves relèveraient de la résolution judiciaire tandis que les manquements extrêmement graves relèveraient de la résolution unilatérale<sup>436</sup>. On renouerait ainsi

---

<sup>433</sup> Th. GENICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », RDC 2010, p. 44 et s.

<sup>434</sup> V. à ce titre E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », RRJ 2000-4, p. 1397 : « Plus que jamais, la solution jurisprudentielle reconnaît un pouvoir exorbitant du droit commun (dans le droit commun, la résolution a un caractère judiciaire) ».

<sup>435</sup> V. les auteurs cités dans GAJC, t. 2, n° 180, p. 275. Une même logique est prônée parfois à l'étranger, comme en Belgique : v. S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », art. préc., n° 4 : « (...) la résolution unilatérale doit être adoptée comme régime d'exception applicable dans des conditions strictes ». L'auteur entend conditionner la résolution unilatérale à deux conditions substantielles : non seulement le manquement invoqué doit être suffisamment grave mais il faut en outre qu'un dernier délai d'exécution ait perdu tout son sens.

<sup>436</sup> Th. GENICON, art. préc.

avec la jurisprudence traditionnelle qui admet depuis fort longtemps que le créancier puisse se défaire unilatéralement du contrat chaque fois que la cause de la résolution est d'un ordre particulièrement grave (inexécution créant un péril pour le contractant, violation de l'obligation de bonne foi créant une atmosphère de suspicion), ou d'un ordre particulièrement facile à discerner (rupture évidente de l'équilibre facile à corriger)<sup>437</sup>. Suivant cette analyse, le critère de la « gravité du comportement » viendrait s'ajouter aux exceptions déjà admises, si bien que la résolution judiciaire conserverait sa place de principe.

D'autres auteurs, majoritaires, estiment au contraire que la gravité du comportement qui justifie la résolution unilatérale est identique à celle qui fonde la résolution judiciaire. A l'appui de cette thèse, on fait valoir principalement deux arguments. Le premier est d'ordre pratique : on dénonce l'impraticabilité de la distinction prônée entre le manquement simplement grave et le manquement extrêmement grave, censé délimiter le champ d'application des résolutions judiciaire et unilatérale<sup>438</sup>. Le second est d'ordre logique : on se demande pourquoi le juge sanctionnerait un contractant d'avoir procédé à la résolution unilatérale d'un contrat dans un cas où lui-même l'aurait prononcée<sup>439</sup>. En admettant que la résolution unilatérale puisse être mise en œuvre dans les mêmes conditions que la résolution judiciaire, la première fait alors directement concurrence à la seconde.

Comme le démontrent certaines analyses, la jurisprudence adopte en réalité une interprétation large du « comportement grave »<sup>440</sup>. En effet, elle le caractérise en se fondant soit sur la gravité de l'inexécution des obligations stipulées au contrat soit sur la gravité de l'atteinte à l'exigence générale de bonne foi<sup>441</sup>. On rejoint bien les critères retenus dans le domaine de la résolution judiciaire où la jurisprudence a recours à un faisceau d'appréciations pour caractériser le manquement suffisamment

---

<sup>437</sup> R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. préc., p. 357. V. également J. ROCHFELD, art. préc., p. 214, qui rappelle que la jurisprudence a admis certaines exceptions limitées au principe de saisine préalable du juge : il s'agit du cas d'urgence, de l'« état de nécessité » et de la « situation devenue intolérable », comme il s'en rencontre lors d'une perte de confiance par exemple, lorsque celle-ci est particulièrement nécessaire à la relation contractuelle.

<sup>438</sup> V. en ce sens notamment P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », art. préc., p. 113.

<sup>439</sup> *GAJC*, t. 2, n° 180, p. 276.

<sup>440</sup> V. *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-35 ; S. AMRANI MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON, « Droit des contrats. Octobre 2008 - décembre 2009 », *D.* 2010, p. 224 et s. ; B. FAGES, « En quoi peut consister le comportement grave de nature à justifier la rupture unilatérale du contrat à durée déterminée ? », *RTD civ.* 2009, p. 320.

<sup>441</sup> V. la jurisprudence citée in *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-35.

grave (v. supra)<sup>442</sup>. Les hésitations doctrinales soulignent en tout cas les inconvénients liés à un régime de résolution unilatérale d'origine prétorienne<sup>443</sup>. On peut donc espérer obtenir davantage de certitudes dans les projets de réforme du droit français des contrats.

## *2. Les critères non moins énigmatiques du droit prospectif*

**627.** La lecture des projets de réforme s'avère sur ce point assez décevante. La seule certitude apportée concerne l'articulation des critères propres à la résolution judiciaire et à la rupture unilatérale. Tous les projets ont clairement écarté le système du double seuil. Ils consacrent une véritable option au profit du créancier entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale, qui se voient toutes deux soumises à la même condition de fond substantielle<sup>444</sup>.

Or, cette condition de fond essentielle est laissée plus ou moins dans l'ombre dans ces projets. On décèle globalement une volonté de s'en remettre à la jurisprudence sur ce point. Il ne faut pas y voir seulement la conséquence du fait que les auteurs ont eu recours majoritairement à un standard, par nature indéterminé, mais plus fondamentalement une démarche qui s'inscrit dans la tradition juridique française, qui préfère les formules générales aux dispositions plus détaillées.

**628.** Le projet qui reste le plus énigmatique à cet égard, et qui est par conséquent le plus critiquable, est l'avant-projet Catala. Il dispose en son article 1158 que dans le cas où « l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement », le créancier peut soit demander la résolution au juge, soit résoudre le contrat de lui-même. Tout comme dans l'actuel article 1184 C. civ., l'inexécution (au sens large) se présente comme le présumé de la règle qui habilite le créancier à demander ou prononcer lui-même la résolution du contrat. A première vue, le projet fait preuve d'une grande ouverture : le créancier victime de l'inexécution dispose de la faculté de

---

<sup>442</sup> V. en ce sens également P. GROSSER, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, JCP 2007, I, 161, n° 14.

<sup>443</sup> Comme l'a exprimé un auteur, « la Cour décide, elle ne discute pas » : G. MÄSCH, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », RDC 2013, p. 1637 et s.

<sup>444</sup> V. l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 108 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 141 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (dans sa version de mai 2009) ; l'art. 141 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (dans sa version d'octobre 2013).

résoudre le contrat, sans qu'aucune condition de gravité soit posée<sup>445</sup>. A y regarder de plus près toutefois, il n'est pas certain que cette exigence ait été réellement supprimée<sup>446</sup>. En effet, d'après l'article 1158-1 de l'avant-projet, « il est loisible au débiteur de contester en justice la décision du créancier en alléguant que *le manquement qui lui est imputé ne justifie pas la résolution du contrat*. Le juge peut, selon les circonstances, valider la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en octroyant éventuellement un délai au débiteur »<sup>447</sup>. La question du manquement résolutoire resurgit donc *a posteriori*. A travers le dispositif, le juge recouvre même un pouvoir d'appréciation de l'opportunité de la résolution *ex post*. Manifestement, le modèle de référence reste la résolution judiciaire<sup>448</sup>. L'absence (délibérée ?) de toute définition du manquement résolutoire montre que la résolution est d'abord conçue comme un instrument destiné au juge et exceptionnellement au créancier, ce qu'accrédite les motifs du projet qui entendent « (...) marquer que le créancier prend ce parti [la résolution unilatérale] à ses risques et périls »<sup>449</sup>. Encore une fois, une telle logique s'accorde mal avec un système de résolution unilatérale où le créancier a impérativement besoin de connaître les conditions de la résolution en amont et ne peut être entièrement livré à lui-même<sup>450</sup>.

**629.** La Chancellerie quant à elle a directement posé l'exigence de la gravité du manquement justifiant la résolution unilatérale (et judiciaire) du contrat, sans la définir pour autant. Dans son avant-projet de mai 2009, la résolution unilatérale se voit subordonnée à une « grave inexécution » (v. l'art. 141) ; dans celui du 23 octobre 2013, on constate un glissement vers la terminologie traditionnelle propre à la résolution judiciaire : la résolution ne peut avoir lieu qu'en cas d'« inexécution suffisamment grave » (v. l'art. 132). On ressent ici à nouveau la volonté de s'en remettre à la jurisprudence pour définir ce manquement suffisamment grave légitimant la résolution (unilatérale *et* judiciaire) du contrat. Ce faisant, le juge reprend tout son empire sur le lien contractuel. En effet, dès lors que les conditions de

---

<sup>445</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », RDC 2006, p. 147 et s.

<sup>446</sup> V. la très juste analyse de B. FAUVARQUE-COSSON, art. préc.

<sup>447</sup> Nous soulignons.

<sup>448</sup> V. en ce sens également Th. GENICON, th. préc., n° 663.

<sup>449</sup> Th. GENICON, *ibid.*

<sup>450</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 636. Pour une critique, v. également D. KLING, « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'avant-

la résolution restent indéterminées et que le débiteur conteste la décision unilatérale prise par le créancier, le juge est appelé à se prononcer librement sur le devenir de la relation contractuelle<sup>451</sup>. Il est difficile dans ce cas de parler d'un véritable *droit* à la résolution (unilatérale).

Notons que le danger ainsi encouru par le créancier du fait de l'imprécision des conditions de la résolution vient légitimer par contrecoup le parti pris, par les projets français, de ne pas fermer la voie de la résolution judiciaire. Le créancier peut avoir tout intérêt ici à demander la résolution au juge s'il ne veut pas prendre le risque de se tromper sur le caractère essentiel ou non de l'inexécution. Force est de constater à ce titre que l'opportunité de consacrer les deux modes de résolution est soulignée précisément dans les systèmes juridiques où le droit de résolution unilatérale du créancier dépend de conditions relativement souples et indéterminées<sup>452</sup>. Plus les conditions de la résolution unilatérale sont précises, moins le besoin du juge se fait sentir<sup>453</sup>.

**630.** Seul l'avant-projet Terré a pris le soin de définir abstraitement la « grave inexécution » posée comme condition commune à la résolution judiciaire et unilatérale (v. l'art. 109<sup>454</sup>). La définition rejoint en tous points celle retenue par les PDEC exposée plus haut. Elle est porteuse d'une certaine sécurité juridique pour le créancier et fournit au juge des directives d'appréciation. Nous ne pouvons que saluer une telle démarche. En effet, l'introduction légale de la résolution unilatérale, dont la

projet «Catala» et propositions d'amendements », Rapport présenté au nom de la commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 19 octobre 2006, p. 93 (rapport consultable sur [www.cciip.fr](http://www.cciip.fr)).

<sup>451</sup> Comp. F. WIEACKER, « Richtermacht und private Rechtsverhältnis. Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht », art. préc., p. 288.

<sup>452</sup> V. en particulier E. CLIVE, « Termination : the divorce of contract law ? », art. préc., p. 919 et s. : « Clearly, there is a good argument for some rapid judicial remedy [judicial termination] (even if only declaratory) for those serious cases where the creditor does not want to take the risk of making wrong assessment of whether non-performance is fundamental » ; Y.-M. LAITHIER, « Observations sur les moyens d'action en cas d'inexécution des obligations contractuelles » [à propos du DCEV], art. préc., p. 210, qui considère que même dans un système de notification, il n'est pas inutile que le juge puisse prononcer la résolution à la demande du créancier, surtout lorsque la qualification d'inexécution essentielle prête à discussion. Il s'appuie en cela sur des arguments déjà avancés par G. H. TREITEL.

<sup>453</sup> En droit allemand, la résolution unilatérale est le seul mode de résolution admis.

<sup>454</sup> Art. 109 de l'avant-projet TERRÉ :

« L'inexécution est grave lorsqu'elle porte sur une obligation dont la stricte observation est de l'essence du contrat.

Il en va de même lorsqu'elle prive substantiellement le créancier de ce qu'il pouvait légitimement attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas pu prévoir que l'inexécution aurait un tel résultat.

L'inexécution intentionnelle est toujours considérée comme grave lorsqu'elle fait présumer que le débiteur n'exécutera pas dans le futur ».



logique diffère de celle de la résolution judiciaire, présuppose un encadrement de ses conditions.

On remarquera à ce titre que les divers projets viennent apporter des précisions utiles quant aux formalités devant être accomplies par le créancier en vue de résoudre unilatéralement le contrat. Sur ce point en effet, le droit positif reste muet. Ces exigences procédurales envisagées par la doctrine ou par la Chancellerie s'ajoutent au critère substantiel qui vient d'être présenté.

## **B. UNE PROCÉDURE À RESPECTER**

**631.** Les exigences de nature procédurale posées pour l'exercice de la résolution unilatérale du contrat nous intéressent ici en ce qu'elles marquent la volonté de la doctrine française de créer un processus qui viendrait remplacer le procès impliqué par l'article 1184 C. civ.<sup>455</sup> Ce processus comporte trois éléments : une mise en demeure (1), une notification (2) et une motivation (3).

### **1. Mise en demeure**

**632.** On sait qu'en cas de résolution judiciaire, le créancier, n'a pas, avant d'intenter l'action en résolution, à mettre le débiteur en demeure d'exécuter (v. l'art. 1139 C. civ.), l'assignation en résolution suffisant à avertir le débiteur défaillant<sup>456</sup>.

Même si les arrêts de la Cour de cassation ne l'ont pas précisé, la doctrine recommande au créancier de procéder à une ultime mise en demeure avant de résoudre unilatéralement le contrat<sup>457</sup>.

On pourrait y voir le signe d'un rapprochement avec le droit allemand dont on a vu qu'il a érigé le délai d'exécution supplémentaire (*Nachfrist*) en condition fondamentale de la résolution unilatérale du contrat (v. supra). Une telle exigence satisfait pleinement le principe de la force obligatoire du contrat et l'idée de primauté

---

<sup>455</sup> V. L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », art. préc., p. 67.

<sup>456</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 651. V. par ex. Civ., 28 mars 1904, DP 1904, 1, p. 315 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 2 mars 1977, Bull. III, n° 105.

<sup>457</sup> *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-50 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, op. cit., n° 661.

de l'exécution en nature. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner combien l'on pouvait voir dans cet ultime délai un substitut aux délais judiciaires de l'article 1184 C. civ. (v. supra).

**633.** On peut hésiter toutefois à opérer un tel rapprochement. En effet, l'idée d'une mise en demeure prônée par les auteurs recouvre des réalités parfois bien différentes.

Pour certains, l'exigence d'un délai ne doit pas permettre au débiteur de se mettre en règle (c'est fini, la décision est prise, le contrat est rompu), mais lui permettre tout simplement d'organiser les conséquences de cette rupture<sup>458</sup>. C'est l'idée du délai préavis ou délai-congé, connu essentiellement en matière de contrats à durée indéterminée<sup>459</sup> ou plus spécialement en droit du travail. Le but du préavis est de permettre à celle des parties qui n'a pas décidé de reprendre sa liberté de prendre les arrangements nécessaires (soit, pour le salarié, de trouver un autre emploi ; soit, pour l'employeur, d'embaucher un autre salarié)<sup>460</sup>. Un tel délai est fréquemment imparti au débiteur en pratique, ainsi qu'il ressort des arrêts relatifs à la résolution unilatérale pour inexécution<sup>461</sup>. Dans le fameux arrêt « Tocqueville », la Cour de cassation a énoncé à cet égard que la gravité du comportement propre à justifier une rupture unilatérale « n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis »<sup>462</sup>. Rappelons qu'en l'espèce, la clinique qui avait résilié unilatéralement le contrat qui la liait à M. Tocqueville, médecin, lui avait notifié sa décision de mettre fin à leur relation après un préavis de six mois. L'arrêt souligne ainsi le rôle d'un principe de préavis sans l'imposer toutefois.

Pour d'autres, la mise en demeure doit laisser au débiteur un délai raisonnable pour s'exécuter. Dans ce cas, le délai confère à ce dernier une faculté de

---

<sup>458</sup> V. en ce sens L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », art. préc., p. 67 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p. 619.

<sup>459</sup> On sait en effet qu'ici, la faculté de résiliation unilatérale est l'expression par le contractant de sa liberté individuelle. Rappelons que cette faculté a même été consacrée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999, RTD civ. 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Comme il ne peut pas être lié de manière indéfinie, il lui est loisible de reprendre sa liberté à tout moment, sous réserve d'un préavis (prévu ou d'une durée raisonnable). V. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 février 1985, Bull. I, n° 54 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 2004, Bull. I, n° 34. Cette idée est consacrée également au niveau européen : v. l'art. 6.109 PDEC.

<sup>460</sup> Rép. (Dalloz) de droit du travail, v° Contrat de travail à durée indéterminée (Rupture : Préavis – Indemnité de licenciement), n° 2.

<sup>461</sup> V. par ex. Com., 15 novembre 2011, n° 10-27838, RDC 2012, p. 787, note Th. GENICON ; Com., 10 juillet 2012, n° 11-20.060, 861, Juris-Data n° 2012-016073, RLDC 2012/97, n° 4802, obs. C. LE GALLOU.

<sup>462</sup> V. l'arrêt reproduit in *GAJC*, t. 2, n° 180, p. 268.

régularisation<sup>463</sup>. C'est le parti pris par l'ensemble des projets de réforme du droit des contrats<sup>464</sup>. Le projet Terré instaure d'ailleurs très clairement une distinction entre la mise en demeure (qui équivaut à la *Nachfrist* du droit allemand) et le délai de préavis. Il prévoit en effet des cas où une mise en demeure n'est pas nécessaire (lorsqu'elle est inutile pour caractériser l'inexécution ou en cas d'urgence). Cette mise en demeure se voit alors remplacée par un délai (de préavis) qui doit laisser la possibilité au débiteur de s'organiser, dans un délai raisonnable (v. l'art. 110 al. 2)<sup>465</sup>.

Si le système allemand de la *Nachfrist* tend donc à s'imposer en droit prospectif, il reste que cette exigence formelle s'ajoute, en France, au critère substantiel de la « gravité du manquement », contrairement au droit allemand. La convergence (certes limitée) des deux systèmes ne s'arrête pas là : les projets de réforme français empruntent au droit allemand une autre formalité de mise en œuvre de la résolution unilatérale : la notification.

## 2. Notification

**634.** Ainsi qu'il ressort du § 349 BGB, « La résolution s'opère par une déclaration adressée à l'autre partie ». C'est le propre des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) que d'être actionnés par voie de déclaration (unilatérale) de volonté<sup>466</sup>. Ces droits subjectifs exigent de la part de leur titulaire un rôle actif : pour obtenir l'effet de droit désiré, le titulaire du droit doit extérioriser sa volonté<sup>467</sup>. Cette déclaration de volonté est un acte juridique unilatéral soumis à réception<sup>468</sup>. La raison

<sup>463</sup> Selon l'expression utilisée par Com., 15 novembre 2011, n° 10-27838, préc.

<sup>464</sup> V. l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 143 de l'avant-projet CHANCELLERIE (dans sa version de mai 2009) ; l'art. 134 de l'avant-projet CHANCELLERIE (dans sa version du 23 octobre 2013) ; l'art. 110 de l'avant-projet TERRÉ. Ce faisant, les projets adoptent une solution largement admise par la pratique des affaires puisque les clauses résolutoires comportent généralement la nécessité d'une mise en demeure avant la résolution effective : v. C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 271.

<sup>465</sup> V. également C. AUBERT DE VINCELLES, *ibid.*

<sup>466</sup> CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 21. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, v° Gestaltungsrecht : « Das Gestaltungsrecht wird grundsätzlich durch formlose Willenserklärung geltend gemacht (...) ».

<sup>467</sup> Sur cet aspect fondamental, v. C. CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1900, p. 177. C'est dire que toutes les sanctions extrajudiciaires ne sont pas des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*). Ces derniers se démarquent en particulier des sanctions dites de plein droit. Au niveau des sanctions de la formation du contrat, le BGB distingue ainsi entre les cas d'annulation par voie de déclaration unilatérale de volonté (*Anfechtung*) et les autres cas où la sanction opère de plein droit, sans être déclenchée par l'un des contractants (*Nichtigkeit*) : v. C. WITZ, « La nullité extrajudiciaire dans les systèmes de tradition civiliste », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 861 et s.

<sup>468</sup> M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, op. cit., n° 249.

législative de l'obligation de réception réside dans le fait que la plupart des déclarations empiètent sur le domaine juridique d'une autre personne, et qu'il est souhaitable que la déclaration parvienne à la connaissance de cette personne<sup>469</sup>. Tel est précisément l'objet de la notification.

La notification est la formalité par laquelle un acte extrajudiciaire, un acte judiciaire ou un jugement est porté à la connaissance des intéressés<sup>470</sup>. En raison de son importance en pratique, il est heureux que la notion ait fait l'objet d'une définition dans la proposition d'un droit commun européen de la vente (DCEV). Elle figure parmi les dispositions introductives du DCEV, à l'article 10. La notification y est définie comme « la communication de toute déclaration destinée à produire des effets juridiques (...) ». Il est indiqué qu'une « notification peut être faite par tout moyen approprié aux circonstances » (art. 10 al. 2)<sup>471</sup>. On rejoint ici le droit allemand où la déclaration de volonté n'est assujettie à aucune forme obligatoire, bien qu'en pratique, elle soit toujours faite par écrit<sup>472</sup>. En outre, il est précisé que la notification « prend effet lorsqu'elle parvient à son destinataire, à moins qu'elle ne prévoie un effet différé » (art. 10 al. 3)<sup>473</sup>. C'est la consécration de « l'acte juridique réceptice » du droit allemand<sup>474</sup>.

**635.** Tel est le système retenu également par l'ensemble des projets de réforme du droit français des contrats. Tous mentionnent que la résolution unilatérale du

<sup>469</sup> A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, préf. R. PERROT, Paris, LGDJ, 1961, n° 51.

<sup>470</sup> *Lexique des termes juridiques*, 21<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014, v° Notification.

<sup>471</sup> Rappr. *Principes du droit européen du contrat*, op. cit., commentaire I sous l'art. 9.303, p. 378 : « La notification peut être faite soit en déclarant expressément le contrat résolu soit en rejetant l'exécution ».

<sup>472</sup> M. PÉDAMON, *Le contrat en droit allemand*, op. cit., n° 249.

<sup>473</sup> L'art. 10 al. 4 DCEV vient concrétiser cette assertion : « Une notification parvient à son destinataire :

- (a) quand elle lui est remise ;
- (b) quand elle est délivrée à son établissement commercial ou, lorsqu'un tel établissement n'existe pas ou que la notification est adressée à un consommateur, à la résidence habituelle du destinataire ;
- (c) en cas de notification transmise par courrier électronique ou autre communication individuelle, quand son destinataire peut y accéder ; ou
- (d) quand elle est par un autre moyen mise à la disposition du destinataire en un lieu tel et de telle façon qu'il puisse être présumé y accéder sans retard excessif.

Une notification est parvenue à son destinataire une fois remplie l'une des conditions énoncées aux points a), b), c) ou d), la date retenue étant celle du premier de ces faits ».

<sup>474</sup> Sur le caractère exemplaire du droit allemand, v. également C. WITZ, « Traditions savantes et projets de codifications européennes », in C. OPHÈLE, Ph. RÉMY (dir.), *Traditions savantes et codifications*, Paris, LGDJ, 2007, p. 282 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 918 et s.

contrat opère par voie de notification<sup>475</sup> et que celle-ci est acquise à la réception de la notification par le débiteur<sup>476</sup>.

En droit positif, la jurisprudence a insisté également sur l'importance de cette formalité. Dans plusieurs arrêts, et au visa de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier, elle a énoncé que « s'il résulte [de ce texte] qu'en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou lorsque la situation de ce dernier s'avère irrémédiablement compromise, la banque est dispensée de respecter un préavis avant d'interrompre son concours, elle n'en reste pas moins tenue, même dans ces cas, de notifier préalablement par écrit sa décision »<sup>477</sup>. On estime communément que la notification est une formalité minimale à respecter<sup>478</sup>.

**636.** Il y a là un bel exemple de l'influence croisée des systèmes juridiques. En France, on n'a pas hésité à reconnaître que l'idée était, au fond, d'emprunter aux modèles européens leurs solutions, qui intègrent pragmatiquement les conséquences de la doctrine allemande de la déclaration de volonté<sup>479</sup>.

La notification apparaît essentielle au bon fonctionnement de la résolution unilatérale du contrat : elle est non seulement un moyen d'informer le débiteur de la mise en œuvre du remède mais sert également de point de départ aux effets de la résolution<sup>480</sup>.

Tout comme la décision judiciaire, la décision (unilatérale) du créancier de rompre le contrat doit être portée à la connaissance du débiteur et s'impose comme

---

<sup>475</sup> V. l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 108 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 141 de l'avant-projet CHANCELLERIE (dans sa version de mai 2009) ; l'art. 132 de l'avant-projet CHANCELLERIE (dans sa version du 23 octobre 2013).

<sup>476</sup> V. l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 110 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 145 de l'avant-projet CHANCELLERIE (dans sa version de mai 2009).

<sup>477</sup> Com., 18 mars 2014, n° 12-29583, Gaz. Pal., 15 mai 2014, n° 135, p. 14, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; Com., 26 novembre 2003, n° 02-10.391.

<sup>478</sup> V. *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-55.

<sup>479</sup> V. Ph. RÉMY, « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? », RDC 2004, p. 1180, dont les propos visent pas directement le régime de la résolution du contrat mais celui de l'offre et de l'acceptation. Pour l'auteur, l'avantage d'une telle démarche est d'éviter de soumettre les lecteurs du code civil français au violent effort de compréhension de la *Willenserklärung* (§ 116-144 BGB). Notons que certains arrêts se rapprochent plus franchement de la théorie allemande de la déclaration de volonté. C'est le cas de Com., 22 février 2005, *Revue des sociétés* 2005, p. 625, note J.-J. DAIGRE, qui a jugé que « sauf stipulation contraire des statuts, la *démission d'un dirigeant de société*, qui constitue un *acte juridique unilatéral*, produit tous ses effets dès lors qu'elle a été portée à la connaissance de la société ; qu'elle ne nécessite aucune acceptation de la part de celle-ci et ne peut faire l'objet d'aucune rétractation, son auteur pouvant seulement en contester la validité en démontrant que sa volonté n'a pas été libre et éclairée » (nous soulignons). On est bien dans la droite ligne des enseignements du BGB qui, centré sur l'acte juridique et la déclaration de volonté, offre une réponse directe lorsque les vices de consentement altèrent d'autres déclarations de volonté que celles formatrices du contrat, telle la résolution (v. sur ce point C. WITZ, « La nullité extrajudiciaire dans les systèmes de tradition civiliste », art. préc., p. 866).

telle à celui-ci. Doit-on pousser l'analogie plus loin et exiger du créancier qu'il motive sa décision ?

### 3. Motivation

**637.** L'admission de la résolution unilatérale pour inexécution va-t-elle de pair avec une obligation positive pour le créancier de motiver sa rupture ? Telle est la question qui préoccupe la doctrine française.

Une telle obligation impliquerait que la notification de la résolution faite au débiteur soit motivée<sup>481</sup>. Il y aurait double communication en quelque sorte : d'une part, de la décision de mettre fin au contrat, d'autre part, des raisons qui sous-tendent cette décision<sup>482</sup>. La motivation sert à faire connaître par quel cheminement interne l'agent est parvenu à l'acte de volonté qu'il accomplit<sup>483</sup>. Motiver consiste à « fournir des motifs, des justifications d'un acte »<sup>484</sup>.

Consacrée par la majorité des projets de réforme français ainsi que par le projet français de révision des PDEC<sup>485</sup>, l'obligation de motivation pourrait bien constituer une « exception française » (a). En cela, elle mérite un examen de son fondement (b) et de son régime (c).

#### *a) L'obligation de motivation : une exception française ?*

**638.** En France, l'obligation de motivation est conçue le plus souvent comme un garde-fou venant contrebalancer les dangers intrinsèques des décisions unilatérales

<sup>480</sup> C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 917 et 919.

<sup>481</sup> Comp. U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », AcP 210 (2010), p. 642 et 645 : « (...) Begründung als Bestand der "Gestaltungserklärung" (...) » ; « Soweit eine Begründung zur rechtmäßigen Ausübung von Gestaltungsrechten gehört, hat dies grundsätzlich zur Konsequenz, dass die Gestaltungserklärung mit der erforderlichen Begründung verknüpft werden muss ».

<sup>482</sup> Comp. M. FABRE-MAGNAN, « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 306 : « Toutes ces définitions semblent indiquer qu'il y a le plus souvent dans la motivation l'idée d'extériorisation, de communication à autrui ».

<sup>483</sup> L. AYNÈS, « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555.

<sup>484</sup> Dictionnaire encyclopédique Larousse, cité d'après M. FABRE-MAGNAN, art. préc., p. 306.

<sup>485</sup> V. l'art. 10.303 (3) (a) des PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS (*op. cit.*, p. 705 et 827 : « Sous peine d'inefficacité, la notification doit : préciser la cause et l'étendue de la résolution du contrat »).

(opportunisme, passage en force, punition démesurée, etc.)<sup>486</sup>. Elle témoigne bien de la méfiance de la doctrine française à l'égard des prérogatives unilatérales (de sanction) et pourrait constituer une spécificité du modèle français de la résolution unilatérale.

En effet, ni les projets de droit européen des contrats, ni le droit allemand ne subordonnent l'exercice de la résolution unilatérale à une telle obligation de motivation<sup>487</sup>.

**639.** La situation est plus incertaine en droit positif français. Encore faut-il souligner que les hésitations ne touchent pas directement la résolution unilatérale pour inexécution. La plupart des arrêts s'étant prononcé sur la question ont été rendus à propos de la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ou de la mise en œuvre d'une clause de résiliation unilatérale, permettant une résiliation anticipée des contrats à durée déterminée<sup>488</sup>.

Certains arrêts ont pu faire penser qu'une telle exigence de motivation pesait sur l'auteur de la rupture unilatérale. Il en va ainsi d'un arrêt du 20 mai 2003, où les juges ont reproché à une clinique d'avoir résilié avant l'échéance du terme le contrat (à durée déterminée) la liant à un médecin, « sans cause légitime ni recherche préalable de concertation »<sup>489</sup>. Mais en faisant référence à la « légitimité » de la cause, on peut se demander si le contrôle du juge ne portait pas davantage sur la pertinence des motifs de la rupture que sur leur énonciation même. Dans le même sens, un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 novembre 2004 a décidé que la rupture du contrat « sans aucun motif » rendait celle-ci abusive, en relevant en outre que l'activité du concessionnaire répudié était en progression constante et que cette rupture ne lui permettait pas de retirer la juste contrepartie de huit années de

---

<sup>486</sup> V. Th. GENICON, note sous Com., 15 novembre 2011, RDC 2012, p. 787 et s. ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 39, p. 394.

<sup>487</sup> La seule disposition du BGB qui prévoit une telle obligation de motivation est le § 573 al. 3, qui régit la résiliation du bail par le bailleur. Il dispose que « Les motifs qui fondent l'intérêt légitime du bailleur doivent être indiqués dans l'acte de résiliation. D'autres motifs ne sont pris en considération que s'ils sont apparus ultérieurement ». On retrouve la même exigence en droit français : la protection du « droit au logement » est recherchée là aussi par l'obligation faite au bailleur de justifier le congé donné au locataire (v. l'art. 15 I de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989).

<sup>488</sup> Les arrêts qui ont consacré la résolution unilatérale pour inexécution (ou plus précisément pour « gravité du comportement » de l'autre partie), à commencer par l'arrêt « Tocqueville », n'ont pas assorti cette faculté d'une obligation de motivation.

<sup>489</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mai 2003, Bull. I, n° 124.

développement de la clientèle du concédant<sup>490</sup>. Là encore, l'absence de justification de la rupture ne semble pas avoir été le seul facteur ayant amené les juges à qualifier la rupture unilatérale d'abusives ou d'illégitimes. Ces arrêts donnent donc en définitive une assise fragile à l'obligation de motivation<sup>491</sup>. D'autant plus que dans d'autres décisions, la Cour de cassation a clairement exclu toute obligation de motiver la rupture unilatérale.

La Cour a jugé à plusieurs reprises que « celui qui use de son droit de résilier un contrat à durée indéterminée dans le respect des modalités prévues par celui-ci n'a pas à justifier d'un quelconque motif »<sup>492</sup>. Elle a réitéré cette solution à propos de la résiliation unilatérale d'un contrat à durée déterminée. Dans un arrêt remarqué, la Cour de cassation a écarté un pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir entériné la rupture unilatérale du contrat litigieux alors que celle-ci n'avait pas été motivée par l'auteur de la rupture. Elle a approuvé les juges du fond d'avoir considéré qu'« aucune règle de droit ni le contrat liant les parties n'imposaient la motivation de la décision de résiliation unilatérale »<sup>493</sup>. C'est dire combien la haute juridiction semble hésiter pour l'instant à imposer une obligation de motivation à l'auteur de la rupture, ce qui ne l'empêche pas d'admettre l'abus possible du droit de rompre<sup>494</sup>.

De nombreux auteurs justifient la position de la Cour de cassation par le fondement particulier du droit mis en œuvre. Ainsi explique-t-on que si la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée ne doit pas être motivée, c'est parce qu'elle constitue une liberté pour le créancier, indépendamment de toute

---

<sup>490</sup> Com., 3 novembre 2004, n° 02-17.919, Juris-Data n° 2004-025481, RDC 2005, p. 1130, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS.

<sup>491</sup> D. MAZEAUD, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », D. 2010, p. 2178, n° 8, observe à cet effet que l'arrêt préc. du 3 novembre 2004, qu'il qualifie d'arrêt solidariste, n'a pas été publié au Bulletin et n'a pas eu de descendance. V. plus généralement M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p.573 : « En droit commun des contrats, la jurisprudence [relative à l'obligation de motivation] est encore éparse et incertaine » (l'auteur se réfère encore à d'autres arrêts).

<sup>492</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, Contrats, conc. consom. 2006, comm. 99, obs. L. LEVENEUR, RDC 2006, p. 704, obs. D. MAZEAUD, D. 2006, p. 2638, obs. B. FAUVARQUE-COSSON, RTD civ., 2006, p. 314, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Com., 10 novembre 2009, Contrats, conc. consom. 2010, comm. 36, obs. L. LEVENEUR ; Com., 26 janvier 2010, Bull. IV, n° 18, D. 2010, p. 2178, obs. D. MAZEAUD.

<sup>493</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2008, JCP 2009, II, 10052, note C. CHABAS. Notons que la Cour de cassation retient la même solution à propos de la question très similaire du non-renouvellement des contrats à durée déterminée. Là aussi, la haute juridiction a jugé que l'auteur de la rupture « n'avait pas à donner de motifs au non-renouvellement du contrat » (Com., 25 avril 2001, D. 2001, p. 3237, obs. D. MAZEAUD, RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; rapp. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, D. 2010, p. 1279, obs. X. DELPECH, D. 2010, p. 2178, obs. D. MAZEAUD).

<sup>494</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012, p. 574. Très net sur ce point : Com., 26 janvier 2010, préc. : « attendu qu'en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus » (nous soulignons).



inexécution<sup>495</sup>. Les choses se présentant différemment en cas de résolution pour inexécution, celle-ci devant s'appuyer sur un grief de la violation grave du contrat reprochée à une partie, la question de l'opportunité de consacrer ou non une obligation de motivation reste ici tout entière.

Il semble d'ailleurs que l'obligation de motivation n'ait réellement un sens que dans les cas où la prérogative unilatérale (de rompre) dépend de conditions de fond substantielles, comme en matière d'inexécution<sup>496</sup>. Là où elle ne dépend que du respect de certaines formes ou délais, ainsi qu'il en va le plus souvent en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée ou en cas de mise en œuvre d'une clause de résiliation unilatérale, elle paraît superflue. En effet, le destinataire de la décision est pleinement en mesure de contrôler leur respect.

Les projets de réforme français, à l'exception notable de l'avant-projet Terré, l'ont consacrée précisément en cas de rupture unilatérale du contrat pour inexécution<sup>497</sup>, sans expliciter toutefois son fondement et son régime.

### ***b) Fondement de l'obligation de motivation***

**640.** L'obligation de motivation serait-elle l'envers du pouvoir<sup>498</sup> ? C'est ce qui pourrait ressortir de notre première partie où l'on a vu que les appels à une motivation toujours plus rigoureuse allaient de pair avec l'accroissement du pouvoir (d'appréciation) du juge. La consécration de la résolution unilatérale pour inexécution marque bien un déplacement du pouvoir de sanction du juge vers le créancier. Les qualificatifs employés par la doctrine sont révélateurs à ce titre : il est question de

---

<sup>495</sup> V. L. LEVENEUR, « Résiliation : pas de motifs à donner, mais attention à l'abus de droit », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, Contrats, conc. consom. 2006, comm. 99 ; R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », RLDC 2012/89, n° 4526.

<sup>496</sup> V. la belle étude de U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », AcP 210 (2010), p. 611 et s., spéc., p. 616 et s.

<sup>497</sup> Ainsi par ex., l'avant-projet de la CHANCELLERIE en date du 23 octobre 2013 prévoit-il en son art. 120 que « Lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, l'une ou l'autre partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve d'un délai de préavis raisonnable », tandis qu'en matière d'inexécution, il dispose en son art. 134 que « Lorsque l'inexécution persiste, le créancier notifie au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent ».

<sup>498</sup> Ici, le mot pouvoir est pris en son sens étymologique, à savoir la « puissance » (*potestas*). Le terme est entendu au sens large comme renvoyant à une certaine forme d'autorité, à un certain pouvoir de décision. Son sens technique sera envisagé plus loin (v. infra).

« pouvoir unilatéral »<sup>499</sup>, voire même d'*imperium* du créancier<sup>500</sup>. Se substituant au pouvoir judiciaire, le pouvoir unilatéral pourrait en épouser certaines caractéristiques (formelles).

Obliger le titulaire du pouvoir à dévoiler ses motifs lorsqu'il en fait usage a assurément ses vertus. On sait combien la motivation des décisions de justice permet à ses destinataires d'accéder à la compréhension – qui n'est pas nécessairement approbation – et aux décisions d'échapper, de ce fait, au grief de l'arbitraire. Le raisonnement est aisément transposable à l'acte unilatéral<sup>501</sup>. Pour de nombreux auteurs, l'obligation de motivation apparaît inhérente au pouvoir unilatéral exercé au sein d'un contrat<sup>502</sup>. Preuve que la crainte de l'unilatéralisme dans le contrat est au moins aussi forte que la crainte du pouvoir judiciaire.

**641.** Quoi qu'on pense, la consécration ou non de l'obligation de motivation révèle également un choix de politique juridique. A lire les auteurs français, il s'agirait de choisir entre un régime libéral de la rupture et une moralisation accrue de la résiliation<sup>503</sup>.

L'obligation de motiver participerait donc du mouvement de moralisation de la sanction décrit plus haut. Certains auteurs étrangers rejoignent cette analyse lorsqu'ils relèvent qu'en dépit de l'absence d'une telle obligation de motiver la résolution unilatérale dans le PCCR, celle-ci pourrait découler indirectement du principe de la bonne foi<sup>504</sup>. En même temps, ces auteurs ne manquent pas de mettre en garde contre une généralisation de cette obligation qui pourrait s'avérer néfaste pour le

<sup>499</sup> V. le Dossier : *Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 55 et s.

<sup>500</sup> V. J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 122 et s. V. de façon plus générale : M. LAMOUREUX, *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, th. préc.

<sup>501</sup> V. à ce titre L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 556 ; U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », art. préc., p. 638 (« Nachvollziehbarkeit, Plausibilität und Akzeptanz »).

<sup>502</sup> V. en ce sens D. MAZEAUD, « Mais qui a peur du solidarisme contractuel ? », D. 2005, p. 1828, n° 7 ; J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », art. préc., p. 225. Rapp. Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », RDC 2004, p. 587 : « Au demeurant, n'est-il pas naturel que l'auteur d'une décision faisant grief à autrui soit tenu de lui indiquer les raisons de son choix ? » ; X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, TAHC, Paris, LGDJ, 2000, p. 78.

<sup>503</sup> V. R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », art. préc. ; D. MAZEAUD, « Rupture unilatérale du contrat : encore le contrôle des motifs ! », D. 2010, p. 2178, n° 10 et s.

<sup>504</sup> V. E. CLIVE, « Termination : the divorce of contract law ? », RDC 2009, p. 919 et s., qui s'appuie sur l'art. III.-1.103 (1) PCCR, rédigé comme suit : « Chacun est tenu d'agir conformément aux exigences de la bonne foi en exécutant une obligation, en exerçant un droit à l'exécution, *en se prévalant d'un moyen visant à sanctionner l'inexécution* ou en défense contre un tel moyen, ou en exerçant un droit de mettre fin à une obligation ou une relation contractuelle » (nous soulignons).

consommateur notamment<sup>505</sup>. Ce qui démontre, si besoin était, que le titulaire de la prérogative unilatérale de sanction n'est pas toujours la partie forte comme on se l'imagine trop souvent. L'image du rapport de sujétion que convoque le « droit formateur » (ou droit potestatif<sup>506</sup>) peut conduire à des erreurs d'appréciation lorsqu'on cherche à trop généraliser. Il y a un certain danger à penser que l'assujetti est digne d'être protégé *per se*<sup>507</sup>. Aussi certaines voix proposent-elles de cantonner l'obligation de motivation à certains types de contrats, comme les contrats de dépendance et de longue durée ou les contrats d'intérêt commun, encore nommés contrats-coopération<sup>508</sup>, qui se situent à mi-chemin entre le contrat-échange et le contrat-organisation<sup>509</sup>. L'obligation de motivation serait alors pour ainsi dire la fille de la transparence et du solidarisme<sup>510</sup>.

Les auteurs défavorables à l'obligation de motivation s'appuient de leur côté sur des arguments pratiques, pour ne pas dire économiques. D'aucuns soulignent que ce serait introduire une lourdeur excessive dans la mise en œuvre des prérogatives contractuelles unilatérales dont le maniement exige, à l'inverse, souplesse et flexibilité<sup>511</sup>. Comme l'ont souligné certains projets de loi allemands, une telle exigence viendrait entraver l'exercice de la prérogative unilatérale et imposer indirectement une exigence de forme (*Formzwang*)<sup>512</sup>.

<sup>505</sup> E. CLIVE, *ibid.* : « A rigid requirement [to give the reason for notification] might even be undesirable in, for example, cases where it is a consumer who is exercising the right to terminate ». Rapp. B. FAGES, « Des motifs de débat... », RDC 2004, p. 564 et s. : « (...) il n'est pas certain que la généralisation de l'obligation de motivation soit réellement opportune, ni d'ailleurs praticable, à l'échelle du droit commun ».

<sup>506</sup> Comp. S. VALORY, *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. préc., n° 7 : le droit potestatif « se caractérise par le lien de sujétion qui unit le sujet actif (...) au sujet passif et qui explique que ce dernier soit tenu de subir l'empiètement sur sa sphère juridique ».

<sup>507</sup> V. en ce sens également Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, *op. cit.*, p. 264 et s.

<sup>508</sup> V. G. VIRASSAMY, « Les relations entre professionnels en droit français », in M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 479 et s. ; M. FABRE-MAGAN, « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », RDC 2004, p. 573 et s. ; D. MAZEAUD, « Un petit plomb en moins dans l'aile du solidarisme contractuel », D. 2003, p. 93 et s. *Contra* S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, th. Paris II, préf. C. BRENNER, Paris, Economica, 2012, n° 478 (qui est défavorable à l'instauration d'une telle obligation de motivation pour l'exercice du pouvoir contractuel unilatéral au sein du contrat-coopération).

<sup>509</sup> Sur cette distinction, v. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 78. Contrairement au contrat-échange, le contrat-organisation a pour objet de réaliser, non une permutation de biens ou de services, mais une « agrégation de biens et de services » (ex. : le contrat de société). Quant au contrat d'intérêt commun, il se caractérise par le fait qu'un des contractants fournit à l'autre des moyens afin que celui-ci les exploite dans leur intérêt partagé (ex. : le contrat d'édition ou le contrat de franchisage).

<sup>510</sup> L'expression est empruntée à R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », art. préc.

<sup>511</sup> Parmi d'autres : S. LEQUETTE, th. préc., n° 478.

<sup>512</sup> V. BT-Drucks. 8/786 [Entwurf eines Gesetzes über den Reiseveranstaltungsvertrag], p. 21 : « Das Gesetz sieht auch nicht ausdrücklich vor, daß bei dem Rücktritt oder der Kündigung die Gründe für die Ausübung des Aufhebungsrechts anzugeben (...) oder der anderen Partei jedenfalls auf Verlangen ausdrücklich mitzuteilen wären (...). Eine derartige Regelung würde die Ausübung vor allem des Kündigungsrechts am Urlaubsort unnötig hemmen und mittelbar einen Formzwang einführen ».

**642.** Encore que l'obligation de motivation ne soit pas dépourvue de toute utilité économique, comme a tenté de le démontrer un auteur allemand. Dans son étude entièrement tournée vers la question de savoir si les « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*) devraient être soumis à une obligation de motivation à titre de validité, celui-ci a proposé d'introduire une obligation de motivation dans les hypothèses où l'assujetti (*Gestaltungsgegner*) n'est pas en mesure de connaître lui-même les facteurs ou les événements qui autorisent le titulaire du droit (*Gestaltungsberechtigter*) à le mettre en œuvre<sup>513</sup>. Selon l'auteur, la communication de ces informations permettrait au premier de contrôler la validité de l'acte unilatéral avant tout contentieux. Cela éviterait des procès inutiles et serait donc judicieux d'un point de vue économique<sup>514</sup>. A suivre l'analyse, et pour se limiter au cas qui nous intéresse ici, il n'y aurait pas lieu de motiver la décision de rompre le contrat lorsque celle-ci fait suite à une violation d'obligation (*Pflichtverletzung*) car dans cette hypothèse, les raisons qui sous-tendent la résolution (*Rücktritt*) sont connues par le destinataire de l'acte unilatéral<sup>515</sup>. Il pourrait en aller autrement en matière de contrat de vente, lorsque la résolution est fondée sur le défaut de la chose achetée : dès lors que le vendeur ne peut avoir connaissance du défaut en cause, l'auteur estime qu'il serait légitime d'imposer à l'acheteur une obligation de motiver la rupture du contrat<sup>516</sup>. La même solution devrait s'appliquer selon lui lorsque la résolution est actionnée pour disparition du fondement contractuel (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) et que les causes ayant entraîné celle-ci relèvent de la sphère du titulaire du droit<sup>517</sup>. Aux considérations économiques s'ajoutent des considérations d'équité : il peut sembler plus juste en effet d'imposer au titulaire du « droit formateur » la charge de communiquer les raisons de son acte au destinataire plutôt que de contraindre ce dernier à se retourner vers le premier pour lui demander des explications<sup>518</sup>.

---

<sup>513</sup> U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », art. préc., p. 626 et s. Rapp. L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 557 : « Aussi la motivation doit-elle être exigée lorsque l'acte nécessite une explication, c'est-à-dire lorsqu'il crée une situation juridique que son destinataire n'avait pas à anticiper ».

<sup>514</sup> U. BÜDENBENDER, art. préc., p. 644. Comp. L. AYNÈS, « Motivation et justification », art. préc., p. 557 : « Ainsi, l'exigence de motivation n'est-elle pas voyeurisme, ni solidarisme éthéré. Elle est devoir de parole, de dialogue, dans certaines situations ».

<sup>515</sup> U. BÜDENBENDER, art. préc., p. 626 et s.

<sup>516</sup> *Ibid.*, p. 640 et s.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 627.

<sup>518</sup> *Ibid.*, p. 643 (« Initiativlast »). Comme l'observe au demeurant l'auteur lui-même, si l'on exclut toute obligation de motivation à la charge du titulaire du « droit formateur », cela revient à exclure également toute obligation de celui-ci de justifier sa décision sur demande de l'assujetti après coup. Seule une disposition légale expresse pourrait l'y obliger, ainsi qu'il en va en droit du travail. Ici, le contrat peut être résilié pour motif grave

Reste à se demander si la communication (non contentieuse) entre les parties a réellement besoin de passer par une véritable obligation de motivation mise à la charge du titulaire de la prérogative unilatérale, en l'occurrence du droit de rompre le contrat. En effet, ne conseille-t-on pas d'ores et déjà au créancier d'énoncer les motifs justifiant le recours à la résolution unilatérale du contrat<sup>519</sup> ? Lorsqu'un pouvoir est limité par des conditions de fond, celui qui l'exerce est en pratique souvent amené à fournir ses motifs, ne serait-ce que pour convaincre le destinataire de son acte de s'y soumettre<sup>520</sup>. L'opportunité de l'obligation de motivation dépend donc en grande partie de sa sanction.

### *c) Régime de l'obligation de motivation*

**643.** Comme l'a très justement souligné un auteur, en tant qu'exigence non contentieuse, l'obligation de motiver doit être conçue, au moins d'un point de vue intellectuel, comme indépendante de l'appréciation juridictionnelle de la valeur des motifs énoncés par l'auteur de l'acte unilatéral<sup>521</sup>. La violation de l'obligation de motivation pourrait donc connaître une sanction juridictionnelle propre, indépendante de la prise en compte des motifs et de leur valeur<sup>522</sup>.

Force est de constater que les projets de réforme qui ont consacré formellement l'obligation de motiver l'acte unilatéral de résolution ont passé sous silence le régime de celle-ci, en particulier la question de sa sanction. La raison pourrait en être que les rédacteurs l'ont instaurée essentiellement dans la perspective d'un contrôle judiciaire *a posteriori*, mêlant ainsi l'obligation de motiver (la « forme ») et le contrôle judiciaire des motifs (le fond)<sup>523</sup>. Comme si l'obligation de

sans que la partie qui rompt le contrat n'ait à motiver sa décision, mais le § 626 (2) BGB prévoit néanmoins que « Sur demande, celui qui résilie doit faire part à l'autre partie, par écrit et sans délai, du motif de la résiliation ». Le même système avait été retenu par la loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 (v. l'art. 24 *n*), qui a introduit l'obligation de motiver en droit français du travail.

<sup>519</sup> V. en ce sens *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-57.

<sup>520</sup> F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », RDC 2004, p. 566 et s., n° 4.

<sup>521</sup> R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, th. préc., n° 416.

<sup>522</sup> *Ibid.*, n° 430.

<sup>523</sup> V. à ce titre J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 121 : « Au titre des éléments ouvrant à un éventuel contrôle judiciaire postérieur, (...) on notera que la notification doit être motivée » (on rappellera que

motivation n'avait d'autre fonction que de faciliter la vérification du respect des conditions légales par le juge en cas de litige, si ce n'est assurer un contrôle judiciaire de l'opportunité de la rupture.

Si l'obligation de motivation se présente indéniablement comme utile auxiliaire du juge, cela ne l'empêche pas toutefois de produire des effets juridiques propres. La question principale qui se pose ici est celle de l'incidence de l'absence ou de l'insuffisance des motifs sur la notification de la résolution. Celle-ci est-elle privée d'effet irrémédiablement ou peut-elle être « corrigée » par l'auteur de la rupture ultérieurement, en particulier devant le juge ?

**644.** D'un côté, on pourrait considérer que les motifs donnés à l'occasion de la notification de la résolution fixent (définitivement) les termes et les limites du litige, de sorte que le titulaire du droit de résolution n'a plus la possibilité d'alléguer de nouveaux motifs par la suite. Telle est la solution retenue en droit du travail par exemple. On sait que lorsque l'employeur décide de licencier un salarié, celui-ci doit lui notifier sa décision par une lettre recommandée comportant l'énoncé du ou des motifs de la rupture (v. l'art. L. 1232-6 du code du travail). En cas de litige sur le bien-fondé du licenciement, le juge est chargé d'apprécier le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur conformément à l'article L. 1235-1 du code du travail. A ce titre, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la lettre de licenciement fixait les limites du litige et, par voie de conséquence, les griefs et faits soumis à la connaissance et à l'appréciation des juges du fond<sup>524</sup>. Concrètement, cela signifie que seuls les motifs énoncés dans la lettre de licenciement sont pris en considération par les juges pour décider du bien-fondé ou non de la rupture du contrat de travail<sup>525</sup>. En cas d'omission ou d'insuffisance de la motivation, le licenciement est irréfragablement présumé sans cause réelle et sérieuse<sup>526</sup>. La solution est sévère pour

---

l'auteur a fait partie de la Commission CATALA). Rappr. X. LAGARDE, « La motivation des actes juridiques », art. préc., p. 78, qui souligne combien l'exigence de motivation facilite le contrôle juridictionnel *a posteriori* en offrant au juge des éléments d'appréciation.

<sup>524</sup> Soc., 21 février 1990, Bull. V, n° 77 ; Soc., 12 février 2014, n° 12-11.554.

<sup>525</sup> V. très clairement Soc., 20 mars 1990, Bull. V, n° 124 : « la lettre par laquelle l'employeur notifie un licenciement pour motif économique, fixant les limites du litige, s'oppose à ce qu'il invoque des motifs non indiqués dans cette lettre » (à propos d'un licenciement pour motif économique).

<sup>526</sup> F. GAUDU, « L'exigence de motivation en droit du travail », art. préc., n° 7.

le titulaire de la prérogative unilatérale, elle équivaut quasiment à une perte de droit<sup>527</sup>.

**645.** D'un autre côté, on pourrait parfaitement concevoir que la notification « incomplète » et par là « déficitaire » puisse être corrigée par le titulaire de la prérogative unilatérale après coup. On conférerait alors à l'auteur de la rupture unilatérale la faculté de remédier au « vice de procédure » pour ne pas entraver la validité de la mesure en elle-même. En permettant à l'auteur de la rupture d'alléguer les motifs manquants à un stade ultérieur, on donnerait ainsi effet à la notification. Dans une décision en date du 2 juillet 2002, la Cour de cassation a admis que le débiteur de l'obligation de motivation puisse l'exécuter à un stade tardif, c'est-à-dire au cours de l'instance<sup>528</sup>. En l'espèce, ce n'était pas une rupture unilatérale qui était en cause mais un refus d'agrément de la part d'un concédant relatif à un changement proposé dans la participation au capital de la société concessionnaire. S'appuyant sur une clause de la concession qui obligeait le concédant à « examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et communiquer rapidement sa décision au concessionnaire », les juges du fond avaient de ce fait conclu à l'existence d'une obligation de motivation à la charge du concédant. Au vu de l'absence de motivation, les juges du fond avaient considéré que le refus d'agrément notifié au concessionnaire était abusif. En particulier, les juges avaient refusé de prendre en considération les justifications invoquées au cours de l'instance au motif que de telles motivations, fournies *a posteriori*, ne permettaient pas de justifier un refus qui devait s'apprécier au moment de la présentation du repreneur. Ce raisonnement a été censuré par la Cour de cassation. Celle-ci a reproché aux juges du fond de ne pas avoir vérifié « si les motifs avancés par le concédant, même tardivement, n'étaient pas de nature à justifier son refus d'agrément ». C'est dire combien la motivation *a posteriori* pourrait venir valider la décision unilatérale litigieuse. Cette solution, plus clémente envers le bénéficiaire de la prérogative

---

<sup>527</sup> Notons que c'est exactement la même solution que retient le § 573 al. 3 BGB, la seule disposition qui prévoit une obligation de motivation de la rupture unilatérale du contrat. Lorsque la résiliation du bail prononcée par le bailleur n'est pas motivée, celle-ci est tout bonnement inefficace. Pour obtenir l'effet juridique souhaité, le bailleur n'a d'autre solution que de procéder à une nouvelle notification, motivée cette fois. Encore faut-il que la nouvelle notification intervienne dans les délais impartis, ce qui n'est pas toujours possible. Comme le mentionne la disposition en question, seuls les motifs apparus ultérieurement à l'acte de résiliation peuvent être pris en considération *a posteriori*. Pour sévère qu'elle soit, la solution se justifie aisément sur le plan logique dès lors que les règles de procédure constituent un élément de validité de l'acte juridique au même titre que les règles relatives au contenu de l'acte (règles de fond) (v. en ce sens M. JAOUEN, th. préc., n° 351).

<sup>528</sup> Com., 2 juillet 2002, Bull. IV, n° 113, D. 2003, p. 93, note D. MAZEAUD, RTD civ. 2002, p. 810, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

unilatérale, est défendue par les auteurs allemands qui sont favorables au principe de la motivation des « droits formateurs »<sup>529</sup>.

A supposer que les motifs puissent être énoncés ultérieurement par l'auteur de la rupture, on peut se demander quel intérêt il y a à consacrer une obligation de motiver *a priori*. Dans les systèmes juridiques qui n'imposent pas une telle obligation, il est admis également que lorsque le motif invoqué dans la notification ne justifie pas en droit la résolution du contrat, la notification peut néanmoins être efficace si la raison qui justifie la résolution existe réellement<sup>530</sup>.

**646.** En droit allemand, la question mérite d'autant plus d'être posée qu'en cas de litige entre les parties contractantes sur le bien-fondé de la résolution, il incombera au titulaire du droit de résolution de prouver que les conditions légales l'autorisant à exercer son droit étaient bien réunies. Pour le dire plus clairement : au stade du procès, le titulaire du « droit formateur » est déjà tenu à une obligation de motivation<sup>531</sup>. Il est vrai que celle-ci est d'ordre processuel et non d'ordre substantiel. Reste qu'à ce stade, le titulaire du « droit formateur » supporte en tout état de cause la charge de la preuve en raison d'un principe général suivant lequel toute partie qui se prévaut en justice de la production (survenance) d'un certain effet juridique doit en prouver les conditions<sup>532</sup>. Par conséquent, cette obligation de motivation processuelle coïnciderait *de facto* avec la possibilité ouverte au titulaire du « droit formateur » de « corriger » sa motivation initiale déficitaire (d'ordre substantiel)<sup>533</sup>.

<sup>529</sup> V. U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », art. préc., p. 645 et s. (« Möglichkeit zur Nachholung von erforderlichen Begründungen » ; « nachträgliche Heilung »). Sur cette problématique, v. également M. BECKER, « Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund », art. préc., p. 47 et s. (« Zur Nachschiebbarkeit von Gestaltungsgründen »).

<sup>530</sup> V. à propos du droit anglais : G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, op. cit., chap. 16, n° 152, p. 119, qui fait observer en même temps que « A notice of termination which fails to state the correct ground of termination is however invalid if the effect of the failure is to deprive the defaulting party of an opportunity to cure the defect to which he was entitled under any relevant rules of law ».

<sup>531</sup> V. M. BECKER, « Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund », art. préc., p. 51 : « Die Begründungspflicht verstärkt sich daher durch den Einfluß von Verfahrensnormen, soweit sich die Geltendmachung oder der Streit über die Wirksamkeit der Gestaltung in den Prozeß verlagert » ; U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », art. préc., p. 618.

<sup>532</sup> BGH 2. Zivilsenat, 14.1.1991, II ZR 190/89, NJW 1991, p. 1052, pt. 16 : « Im Zivilrecht ist als Beweislastprinzip im allgemeinen der Grundsatz anerkannt, daß jede Partei, die den Eintritt einer Rechtsfolge geltend macht, die Voraussetzungen des ihr günstigen Rechtssatzes zu beweisen hat. Den Anspruchsteller trifft die Beweislast für die rechtsbegründenden Tatsachen, der Gegner muß den Beweis für rechtshemmende, rechtshindernde oder rechtsvernichtende Tatsachen erbringen ».

<sup>533</sup> C'est un point relevé également par U. BÜDENBENDER, « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », art. préc., p. 651, qui considère néanmoins qu'il existe tout de même un avantage à consacrer une obligation de motivation de nature substantielle. En effet, dans l'hypothèse où l'assujetti (ici : débiteur), auquel le titulaire du « droit formateur » (créancier) n'aurait pas donné les raisons de



**647.** Les solutions du droit français divergent sur ce point et il pourrait y avoir là la raison profonde de l'introduction d'une obligation de motivation d'ordre substantiel. En effet, en droit français prévaut le principe selon lequel la charge de la preuve incombe au demandeur (comp. les art. 9 CPC et 1315 C. civ.). Il en découle que si le débiteur souhaite contester la notification de la résolution qui lui a été adressée par le créancier, c'est lui qui devra prouver que la résolution était injustifiée. C'est précisément cette difficulté que l'obligation de motivation (substantielle) est susceptible d'infléchir<sup>534</sup>. Selon l'opinion de plusieurs auteurs, l'obligation de motivation permettrait un renversement de la charge de la preuve : celle-ci impliquerait que lors d'une contestation *a posteriori* de la résolution unilatérale, ce soit au créancier et non au débiteur-demandeur de prouver qu'il était légitime de résoudre le contrat en l'espèce<sup>535</sup>. La dernière mouture de l'avant-projet de la Chancellerie pourrait venir conforter cette thèse. Elle fait obligation au créancier de notifier au débiteur la résolution du contrat et les raisons qui la motivent et prévoit en outre que « le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution » en observant que « le créancier doit alors prouver la gravité de l'inexécution »<sup>536</sup>. On pourrait voir dans le renversement de la charge de la preuve la conséquence de la consécration de l'obligation de motivation. A moins que cette dernière précision n'ait été ajoutée justement parce qu'elle n'est pas en lien nécessaire avec l'introduction d'une obligation de motivation<sup>537</sup>. L'avant-projet Terré a pour sa part dissocié clairement les deux éléments : tout en écartant une obligation de motivation à la charge du créancier, il a procédé à un renversement de la charge de la preuve, en énonçant que « Le créancier doit (...) prouver la gravité de l'inexécution » en cas de contestation de la notification par le débiteur<sup>538</sup>. Et ce pour marquer que la résolution

---

la mise en œuvre de son droit, viendrait à reconnaître immédiatement ses obligations qui en découlent après avoir été informé des motifs au cours de l'instance, c'est le titulaire du « droit formateur » qui devrait supporter les frais du procès en vertu du § 93 ZPO (*Kosten bei sofortigem Anerkenntnis*). Ainsi, en cas de manquement à son obligation de motivation substantielle, le titulaire du « droit formateur » ne serait pas privé des effets de son droit mais subirait une sanction financière.

<sup>534</sup> V. R. ENCINAS DE MUNAGORRI, th. préc., n° 433.

<sup>535</sup> V. en ce sens S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 40, p. 395 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 832 et 835 ; de façon plus nuancée : R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *ibid.*, n° 433 et 434.

<sup>536</sup> V. l'art. 134 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE en date du 23 octobre 2013.

<sup>537</sup> Dans sa version de mai 2009 (v. l'art. 143), l'avant-projet de la CHANCELLERIE avait clairement consacré l'obligation de motivation sans se prononcer explicitement sur la question de la charge de la preuve.

<sup>538</sup> V. l'art. 110 de l'avant-projet TERRÉ. *Adde* C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », art. préc., p. 272 : « Le mécanisme qui a été privilégié [par l'avant-projet TERRÉ] est celui d'un

par notification est véritablement « aux risques et périls » de son auteur<sup>539</sup>. L'expression, empruntée à l'arrêt « Tocqueville », marque toute l'importance qu'attache le droit français au contrôle judiciaire pouvant être effectué *a posteriori*. Pour certains, celui-ci serait préférable à une motivation de la résolution unilatérale *a priori*<sup>540</sup>. Il convient de l'envisager à présent.

## **§ 2. L'ÉTENDUE DU POUVOIR DE CONTRÔLE DU JUGE A POSTERIORI**

**648.** Tous les projets de réforme du droit français des contrats mentionnent expressément que le débiteur peut à tout moment saisir le juge pour contester la résolution<sup>541</sup>. La résolution unilatérale du contrat acquiert bien droit de cité mais on précise immédiatement que la question demeure sous le contrôle du juge – comme si le propre de la vie juridique n'était pas là, dans ce contrôle toujours possible<sup>542</sup>. Cette évidence pourrait expliquer le silence du BGB ou des travaux européens sur ce point<sup>543</sup>. Force est de constater en effet que le contrôle potentiel du juge *a posteriori* n'est évoqué ni dans le texte de « loi » ni dans l'exposé des motifs des textes respectifs<sup>544</sup>. En France, la question est au cœur des préoccupations, signe là encore

renversement de la charge de la preuve. Ainsi, si la notification n'a pas besoin d'être formellement motivée, la charge de la preuve des motifs pèse, en cas de contestation de la notification, sur le créancier de l'obligation inexécutée, auteur de la notification (...) ». Notons que cette solution est retenue déjà par certains arrêts qui énoncent que « si la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette un terme de manière unilatérale mais à ses risques et périls, (...), il n'en demeure pas moins qu'il revient à la partie qui entend ainsi rompre les relations contractuelles de justifier du comportement grave attribué au cocontractant » : v. Douai, ch. 8, section 1, 2 mai 2013, n° 12/06133, Juris-Data n° 2013-008626 ; Toulouse, ch. 2, section 1, 9 novembre 2011, Juris-Data n° 2011-027064 (encore faut-il remarquer qu'à chaque fois, c'est le créancier et non le débiteur qui avait engagé l'action en justice en vue de tirer les conséquences de la résolution unilatérale par lui prononcée).

<sup>539</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, *ibid.*

<sup>540</sup> V. en ce sens R. CABRILLAC, « La motivation des actes individuels : le contrat », art. préc. : « Le recours à l'abus de droit permet un contrôle de la volonté unilatérale d'un contractant tout en n'apportant pas une limitation trop importante à la liberté des parties comme le ferait l'exigence systématiquement d'une motivation ».

<sup>541</sup> V. l'art. 1158-1 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 110 al. 3 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 134 al. 4 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013).

<sup>542</sup> Comme le remarque fort pertinemment Ph. THÉRY, « Thèmes émergents », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 448.

<sup>543</sup> Comp. Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung, op. cit.*, p. 215 : « Dass der Schuldner (...) sich gegen die (möglicherweise nur vermeintliche) Vertragsaufhebung durch den Gläubiger durch gerichtliche ex-post Kontrolle wehren kann, ist in jeder Rechtsordnung eine Selbstverständlichkeit ».

<sup>544</sup> Seul l'avant-projet de Code européen des contrats (projet GANDOLFI) a prévu, en son article 158, un dispositif de contrôle par le juge, en énumérant les sanctions pouvant être prononcées par celui-ci.

de la méfiance à l'égard des remèdes unilatéraux. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi de la développer au sein du modèle français de la résolution unilatérale.

De prime abord, l'étendue du pouvoir de contrôle du juge *a posteriori* semble fonction des conditions posées à titre de validité de la résolution unilatérale pour inexécution : plus les conditions de validité sont nombreuses, plus le droit de regard du juge sera important ; plus elles sont imprécises, plus son rôle sera fondamental. Abstraction faite de ces considérations, la doctrine française hésite encore sur le rôle à attribuer au juge *a posteriori*. Le principe désormais acquis suivant lequel le créancier résout le contrat « à ses risques et périls » donne lieu en effet à diverses interprétations. Dans l'ensemble, la doctrine française souhaite que le contrôle judiciaire soit le plus étendu possible, ce qui se traduit au plan théorique, dans la qualification juridique de la résolution unilatérale (A), et au plan pratique, dans les modes d'intervention du juge (B).

### **A. UNE QUALIFICATION JURIDIQUE IMPLIQUANT UN CONTRÔLE APPROFONDI A POSTERIORI**

**649.** En droit allemand et en droit européen des contrats, la qualification juridique de la résolution unilatérale du contrat ne fait aucun doute : il s'agit incontestablement d'un droit subjectif<sup>545</sup>. En droit français, la nature juridique de la résolution unilatérale donne lieu encore à controverses. Hésitant à voir dans la jurisprudence « Tocqueville » la consécration d'un véritable droit à la résolution unilatérale du contrat, certains la relèguent au rang de simple « fait » ou « acte matériel » (1). D'autres préconisent de conférer à la résolution unilatérale le label de « pouvoir » plutôt que celui de droit subjectif (2). Quelle que soit la qualification prise ou retenue, l'enjeu est toujours le même : il réside dans le contrôle du juge. Il est intéressant de constater combien les efforts de systématisation effectués par la

---

<sup>545</sup> Pour ce qui est du droit allemand, on rappellera que la résolution unilatérale appartient à la catégorie des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*), une catégorie particulière de droits subjectifs (*subjektive Rechte*). Quant aux projets de droit européen des contrats, les articles relatifs à la résolution du contrat sont intitulés : « Droit de résoudre le contrat » (nous soulignons) ou évoquent un droit de résolution : v. l'art. 9.301 PDEC ; l'art. 10.301 PRINCIPES CONTRACTUELS COMMUNS ; l'art. III.-3.506 PCCR ; les art. 117 et 118 DCEV. On notera que le droit à la résolution unilatérale du contrat a même été érigé comme principe transnational par la jurisprudence arbitrale : v. R. KHORIATY, *Les principes directeurs du droit des contrats. Regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*, th. Paris II/St.-Joseph (Liban), préf. D. MAZEAUD, Aix-en-Provence, PUAM, 2014, p. 284, qui se réfère notamment à la sentence CCI n° 8365 de 1996, ayant énoncé que se range parmi « les règles applicables à la *lex mercatoria* », le principe selon lequel « une partie est en droit de se considérer comme déchargée de ses obligations si l'autre partie a commis une violation du contrat mais si seulement celle-ci est substantielle ».

doctrine française en vue d'appréhender le phénomène de l'unilatéralisme dans le contrat sont guidés principalement par le souci d'enserrer les prérogatives unilatérales dans d'étroites limites. Si l'on cherche à qualifier juridiquement ces prérogatives unilatérales, c'est pour les soumettre à un régime juridique qui confère de larges pouvoirs au juge. Paradoxalement, la figure du juge est omniprésente là où il s'agit de conceptualiser un phénomène qui a lieu *a priori* en dehors de lui.

### *1. La résolution unilatérale reléguée au rang de simple « fait »*

**650.** Le « séisme » engendré par la jurisprudence « Tocqueville » a suscité les réactions les plus diverses, celles-ci oscillant entre incrédulité, accueil favorable et franche désapprobation. Les plus dubitatifs et les plus hostiles en ont minimisé la portée en repoussant la résolution unilatérale dans la zone du non-droit. A suivre l'analyse, la résolution mise en œuvre par le créancier serait dépourvue en elle-même de tout effet juridique, celle-ci devant être rattachée par conséquent à la catégorie des faits ou des actes « matériels ». D'après M. Genicon, la jurisprudence « Tocqueville » se serait bornée à légitimer une rupture de fait sans consacrer une résolution unilatérale de droit<sup>546</sup>. Les mots prennent ici toute leur importance. Distincte de la véritable résolution, cette « rupture » unilatérale serait simplement et uniquement un fait juridique tenant à l'attitude qu'adopte spontanément un créancier qui se retire de l'opération économique, soit en déclarant qu'il ne l'exécutera plus, soit en agissant d'une façon radicalement incompatible avec son exécution future, notamment en obtenant sa prestation auprès d'un tiers<sup>547</sup>. En toute logique, elle ne saurait donc produire les effets spécifiques de la résolution pour inexécution<sup>548</sup>. L'auteur ne cache pas les avantages qu'il entend tirer de cette analyse : l'essentiel serait de considérer que même dans l'hypothèse où la résolution devrait finalement être décidée, elle ne

---

<sup>546</sup> Th. GENICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », RDC 2010, p. 44 et s.

<sup>547</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 682.

<sup>548</sup> *Ibid.* Un auteur a pu relever un certain paradoxe dans le fait de soutenir que la « rupture » unilatérale est insusceptible de produire des effets juridiques et le fait de la qualifier dans le même temps de fait *juridique*. En effet, la qualification de fait juridique ne s'applique qu'à un fait créateur d'effet de droit. V. la critique formulée par M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. préc., n° 145 et 146. Il semble que M. GENICON ait qualifié la « rupture » unilatérale de fait juridique, dans la mesure où elle constitue dans son esprit un fait juridique d'inexécution : v. sur ce point Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », RLDC 2010/75, n° 3951.

serait que l'œuvre du juge et prendrait seulement date au jour de sa décision : l'anéantissement juridique du contrat ne serait pas acquis au jour de la décision du créancier ; ni son droit à restitution ; ni le transfert inverse de propriété<sup>549</sup>. C'est dire que le créancier, loin d'exercer un droit autonome, ne ferait en définitive qu'anticiper sur la décision du juge<sup>550</sup>, cette anticipation ne préjugant en rien du jugement à venir. Tel serait bien là le sens de la formule « aux risques et périls » selon cette analyse<sup>551</sup>.

**651.** Dans cette optique, on l'aura compris, le principe de la résolution judiciaire est sauf. Le juge conserve bien le monopole de la sanction. Comme l'a clairement exposé M. Genicon, il s'agit ici de refuser de reconnaître au créancier qu'il dispose de ce que la doctrine allemande désigne comme un « droit constitutif », entendu comme « un acte juridique caractérisé par lequel une personne peut unilatéralement fonder, éteindre ou modifier un rapport juridique »<sup>552</sup>. Ainsi, c'est le juge qui continue de prononcer la résolution du contrat, celle-ci procédant d'un jugement constitutif. Il n'y a donc pas à proprement parler de déplacement de pouvoir vers le créancier. La « résolution » n'est unilatérale que provisoirement<sup>553</sup>.

Si cette logique s'oppose effectivement à la doctrine allemande des « droits formateurs » ou « droits constitutifs » (*Gestaltungsrechte*), elle rejoint sur certains points celle qui a trait à la « justice personnelle » (*Selbsthilfe*) prévue aux § 229 et suivants BGB. Comme nous l'avons vu plus haut, le législateur allemand a autorisé exceptionnellement le créancier à recourir à des voies privées d'exécution pour assurer son droit (v. supra). Or, il s'agit en l'occurrence d'une justice privée provisoire<sup>554</sup>. Le créancier a l'obligation de requérir des mesures judiciaires ultérieures en vue de légaliser son acte *a posteriori*<sup>555</sup>. Si bien que la décision

<sup>549</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 677.

<sup>550</sup> V. L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », art. préc., p. 68.

<sup>551</sup> V. en particulier Ch. ATIAS, « Les “risques et périls” de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », D. 2003, p. 1103. En ce sens également : Ch. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », art. préc., p. 77 ; Ph. JESTAZ, « Rapport de synthèse », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 91 ; E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », art. préc., p. 1397 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014, n° 6031.

<sup>552</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 677.

<sup>553</sup> L. AYNÈS, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », art. préc., p. 68.

<sup>554</sup> H. HEINRICHS, in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 230, n° 2 : « Die Selbsthilfe bezweckt nur eine vorläufige Sicherung des Anspruchs » (nous soulignons).

<sup>555</sup> De même, en cas de « rupture » unilatérale du contrat, il faudrait obligatoirement saisir le juge après coup : v. Th. GENICON, th. préc., n° 689.

définitive appartient là aussi au juge<sup>556</sup>. Encore une fois, ces précautions s'expliquent par la gravité de l'acte de justice personnelle pris par le créancier : la justice personnelle s'entend ici d'une véritable voie de fait<sup>557</sup>.

**652.** Comme l'admet M. Genicon, seule la loi est à même de lever toute ambiguïté sur la nature et le statut de la résolution unilatérale<sup>558</sup>. Si l'on s'en tient aux projets de réforme, ces derniers semblent bien désavouer cette lecture de la résolution unilatérale. En effet, ils appréhendent tous la résolution unilatérale comme un droit faisant suite à l'inexécution. Trois considérations confortent cette analyse : d'abord, les projets indiquent eux-mêmes qu'à l'expiration d'une mise en demeure infructueuse, le créancier est « en droit » de résoudre le contrat<sup>559</sup>. Ensuite, ils prévoient tous que la résolution unilatérale s'exerce par voie de notification et que la résolution est acquise à la réception de celle-ci par le débiteur. On ne saurait dire plus clairement que la résolution unilatérale (ou la notification) produit à elle seule un effet juridique ! Enfin, derrière l'option instaurée entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale du contrat se profile clairement un droit à la résolution que le créancier peut choisir de mettre en œuvre lui-même ou de faire reconnaître par le juge<sup>560</sup>. Notons que là où la loi consacre déjà une faculté de résiliation unilatérale au profit de l'une des parties, la jurisprudence a clairement établi que celle-ci n'avait nullement besoin d'être validée par le juge. A propos de la résiliation d'un bail commercial, une cour d'appel a jugé ainsi que « le congé étant un acte juridique unilatéral, par lequel l'une des parties met fin au contrat, *son efficacité n'est pas subordonnée* à l'acceptation du destinataire, ni à une *procédure de validation que l'auteur du congé aurait l'obligation d'engager* »<sup>561</sup>. Comme l'a souligné récemment un auteur, l'identification d'un acte juridique implique l'existence, en amont, d'une habilitation de l'ordre juridique, c'est-à-dire d'une prérogative juridique donnant

<sup>556</sup> H. HEINRICHS, *ibid.* : « Die endgültige Entscheidung obliegt dem Gericht ».

<sup>557</sup> Reste que l'acte de justice personnelle n'est pas considéré comme un acte illicite (comp. le § 858 al. 1 BGB) et est appréhendé dans la perspective de la réalisation des droits subjectifs. Au contraire, la « rupture » unilatérale, telle que la conçoit par exemple M. GENICON, est toujours *a priori* fautive puisque le créancier doit normalement s'adresser à la justice (v. sa thèse, n° 684).

<sup>558</sup> Th. GENICON, « Point d'étape sur la rupture unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », art. préc.

<sup>559</sup> V. l'art. 1158 de l'avant-projet CATALA ; l'art. 110 al. 1 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 143 al. 2 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (dans sa version de mai 2009) ; l'art. 134 al. 2 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (dans sa version du 23 octobre 2013).

<sup>560</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 663.

<sup>561</sup> Aix-en-Provence, ch. 4C, 14 février 2008, n° 06/04811 (nous soulignons). Rapp. Com., 22 février 2005.

compétence à un individu pour créer tel effet de droit<sup>562</sup>. Il peut s'agir d'un droit subjectif ou d'un pouvoir.

## **2. La résolution unilatérale tiraillée entre la figure du droit subjectif et celle du pouvoir**

**653.** Selon le *Vocabulaire juridique* de Cornu, la prérogative est « un terme générique englobant tout droit subjectif, tout pouvoir de droit, toute faculté d'agir fondée en droit, à l'exclusion d'une maîtrise de pur fait »<sup>563</sup>. Les droits subjectifs, les libertés et les pouvoirs sont autant de prérogatives juridiques reconnues par le droit<sup>564</sup>. Ce sont essentiellement les notions de droit subjectif et de pouvoir qui sont sollicitées pour appréhender le phénomène des remèdes unilatéraux<sup>565</sup>, et, partant, la résolution unilatérale du contrat pour inexécution.

**654.** *A priori*, il peut sembler malaisé de distinguer les deux notions tant le terme de pouvoir est utilisé pour définir le droit subjectif. Le droit subjectif est bien souvent défini comme un « pouvoir d'agir »<sup>566</sup>, un « pouvoir de volonté » (Windscheid, Savigny)<sup>567</sup> ou un « pouvoir égoïste » (Ripert)<sup>568</sup>. En droit français, on a proposé cependant de donner au terme pouvoir un sens technique, se démarquant précisément de la notion de droit subjectif<sup>569</sup>. Depuis lors, on a coutume de définir le pouvoir par opposition au droit subjectif<sup>570</sup>. Alors que le droit subjectif est ordonné à l'intérêt exclusif de son titulaire et peut être, en principe, exercé librement, le pouvoir est une prérogative juridique orientée, au moins pour partie, vers la satisfaction de

---

<sup>562</sup> M. JAOUEN, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. préc., n° 160. Adde Ph. JESTAZ, « Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique », RTD civ. 2014, p. 67 et s. L'auteur appelle de ses vœux une définition plus complète de l'acte juridique et entend promouvoir les travaux de Paul AMSELEK. A ce titre, il insiste sur le fait que l'acte juridique est institué par le droit et qu'il suppose une habilitation.

<sup>563</sup> *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014, v° Prérogative.

<sup>564</sup> V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012, n° 201 et s.

<sup>565</sup> M. JAOUEN, th. préc., n° 162. Notons que l'on a recours à la notion de liberté essentiellement à propos de la faculté de résiliation unilatérale des contrats à durée indéterminée. Sur la difficulté de distinguer les notions de droit subjectif et de liberté : v. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 202.

<sup>566</sup> G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2007, n° 37.

<sup>567</sup> Comp. CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, op. cit., v° Subjektives Recht : « die vom objektiven Recht zum Schutze des Einzelnen verliehene Willensmacht » (nous soulignons).

<sup>568</sup> En témoignent également les définitions données des principaux types de droits subjectifs. Ainsi, le *droit de créance* est fréquemment défini comme « le pouvoir d'exiger d'une personne déterminée l'exécution d'une certaine prestation », le *droit réel* comme « le pouvoir d'une personne sur une chose ».

<sup>569</sup> V. E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, th. Paris II, préf. G. CORNU, Paris, Economica, 1985.

<sup>570</sup> V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 205.

l'intérêt d'autrui et qui doit, pour cette raison, faire l'objet d'un contrôle<sup>571</sup>. Ce qui distingue les deux types de prérogatives est donc leur finalité respective au regard de l'intérêt spécialement protégé<sup>572</sup>. L'enjeu principal de la qualification réside dans la nature et l'étendue du contrôle de l'exercice des prérogatives en question<sup>573</sup>. Parce qu'il s'agit d'une prérogative dite finalisée, le titulaire du pouvoir doit en effet justifier qu'il a bien mis cette prérogative au service d'un intérêt partiellement distinct du sien<sup>574</sup>. Le contrôle de l'exercice du pouvoir est, du fait de cette finalité, plus approfondi, plus sévère qu'en matière de droit subjectif<sup>575</sup>. C'est précisément pour soumettre les remèdes unilatéraux à un tel contrôle approfondi qu'une partie de la doctrine les identifie comme pouvoir et non comme droit subjectif.

**655.** La notion de « droit potestatif » dégagée par la doctrine pour conceptualiser, de façon plus générale, l'ensemble des prérogatives unilatérales (contractuelles) illustre parfaitement ce tiraillement entre droit subjectif et pouvoir<sup>576</sup>. Le droit potestatif est présenté comme une figure hybride, à mi-chemin entre le droit subjectif et le pouvoir : c'est un droit subjectif né du contrat mais qui emprunte les traits de la puissance puisqu'il permet à son titulaire d'influer sur une situation juridique préexistante en la modifiant, l'éteignant ou en en créant une nouvelle, par sa seule volonté unilatérale et sans que son partenaire, placé dans une position de totale sujétion, puisse y faire obstacle<sup>577</sup>. Ici, la puissance (pouvoir) n'est pas prise en son sens technique précédemment évoqué mais s'entend plus généralement de la « faculté d'imposer sa volonté à autrui »<sup>578</sup>. Reste que c'est au régime du pouvoir, entendu cette fois en son sens technique, que l'on entend soumettre le droit potestatif. On prône en effet l'infléchissement du droit potestatif vers sa composante de puissance

<sup>571</sup> E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit., n° 20.

<sup>572</sup> M. JAOUEN, th. préc., n° 162.

<sup>573</sup> Comme le souligne E. GAILLARD, op. cit., n° 144, « l'intérêt essentiel de l'élaboration d'une théorie juridique du pouvoir consiste à asseoir le principe du contrôle de l'activité ainsi qualifiée ».

<sup>574</sup> M. JAOUEN, th. préc., n° 196.

<sup>575</sup> *Ibid.*

<sup>576</sup> Rappelons que si le concept de potestativité est inscrit dans le code civil en tant que *modalité* de l'obligation (v. l'art. 1170 C. civ.), il ne vise pas un *droit* : v. I. NAJJAR, « La potestativité. Notes de lecture », RTD civ. 2012, p. 601. La notion de droit potestatif est une construction doctrinale. Comme il a été très justement relevé, la matière contractuelle n'est pas le seul terreau de ces droits. Il n'empêche que la réflexion des privatistes porte essentiellement sur le domaine contractuel, qui nous intéresse tout spécialement ici.

<sup>577</sup> J. ROCHFELD, « Les droits potestatifs accordés par le contrat », art. préc., p. 748. Cette étude fait autorité en France. Notons que si l'auteur entend s'appuyer sur la notion de « droit potestatif » introduite, en France, par Ibrahim NAJJAR en 1967, elle se départit de l'analyse qu'en fait ce dernier. Dans le prolongement de l'étude de M. NAJJAR, Stéphane VALORY n'hésite pas à qualifier lui le droit potestatif de droit subjectif (à part entière) : v. sa thèse préc., n° 7.

<sup>578</sup> Comp. P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, th. Paris X – Nanterre, préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 2004, n° 16.



afin que son contrôle s'effectue à l'aune de ce critère spécifique qu'est la considération minimale des intérêts de l'autre partie<sup>579</sup>. En tant que droit potestatif, la résolution unilatérale pourrait donc suivre cette direction. L'obligation de motivation se présente ici comme un instrument fort utile : elle permet de vérifier que le titulaire du droit potestatif a bien pris en compte les intérêts de son cocontractant dans l'exercice de celui-ci<sup>580</sup>. On peut y déceler ici la recherche d'une « potestativité » française, ni italienne, ni allemande<sup>581</sup>.

Si les droits potestatifs dits adjoints au contrat retiennent tant l'attention, c'est parce qu'ils viennent se greffer sur une situation contractuelle préexistante et qu'ils introduisent de l'unilatéral dans un mécanisme, le contrat, qui n'en est pas l'espace naturel<sup>582</sup>. Comme l'a montré Pascal Lokiec, la logique du pouvoir entre en conflit avec la logique contractuelle<sup>583</sup>.

**656.** D'où une tendance doctrinale à dissocier, au sein du contrat, le contenu de celui-ci, les obligations qu'il engendre, la prestation due et les prérogatives ou pouvoirs unilatéraux qui permettent à un contractant de modifier unilatéralement la situation de l'autre. Motif pris que ces derniers ne relèvent pas de la logique de l'échange mais de la logique de la force, une grande partie de la doctrine prône leur autonomie par rapport au contrat<sup>584</sup>. La démarche n'est pas neutre : elle vise à séparer le sort des pouvoirs unilatéraux de celui du « contenu obligationnel » du contrat. Ils sont promis à un contrôle plus sévère.

---

<sup>579</sup> J. ROCHFELD, art. préc., spéc. n° 4 et 21. Comme l'expose très clairement l'auteur, l'alternative est la suivante : soit l'on admet l'infléchissement du droit potestatif vers sa composante de puissance, ce qui obligerait son titulaire à intégrer la considération de l'intérêt de l'autre partie, soit on admet l'infléchissement du droit potestatif vers sa composante de droit subjectif, de sorte que le titulaire du droit puisse l'exercer dans son intérêt exclusif.

<sup>580</sup> V. Th. REVET, « L'obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie », art. préc., p. 583 et s.

<sup>581</sup> V. en ce sens, mais dans une autre perspective, I. NAJJAR, « La potestativité. Notes de lecture », art. préc., p. 604.

<sup>582</sup> J. ROCHFELD, art. préc., n° 7, p. 753. V. également P. ANCEL, « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 308 : « Il est vrai que cet aspect de l'unilatéralité est le plus perturbant, car il semble entrer de plein fouet avec la bilatéralité essentielle du contrat : accord entre (au moins) deux volontés, qui lie les contractants de telle sorte que l'un seul, par sa volonté, ne devrait pouvoir ni s'en défaire ni le modifier ».

<sup>583</sup> P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, th. préc.

<sup>584</sup> V. notamment L. AYNÈS, « Vers une déontologie du contrat ? », conférence donnée à la Cour de cassation le 11 mai 2006, Bull. inf. C. cass. n° 646 du 15 septembre 2006 ; M. MEKKI, « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie) », RDC 2006, p. 1051 et s. : « (...) face à une clause contractuelle attribuant un pouvoir unilatéral à l'une des parties au contrat, il n'est pas réellement question d'une obligation contractuelle.

Ainsi M. Lokiec a-t-il cherché à élaborer une théorie de la décision permettant de saisir tout pouvoir (unilatéral), celui-ci étant défini (très largement) comme la faculté, de droit ou de fait, qu'aurait un sujet de droit d'imposer sa volonté à autrui. Son idée est d'établir un régime juridique propre au pouvoir, détaché de la tutelle du contrat, construit non plus sur le registre de la volonté mais à partir du registre du bien commun<sup>585</sup>. Suivant l'analyse, il conviendrait de vérifier que le pouvoir a été exercé conformément au « bien commun », lequel s'apprécierait à l'aune des droits fondamentaux<sup>586</sup> ou plus généralement à l'aune d'un système de valeurs<sup>587</sup>. Outre qu'on peut se demander s'il n'y a pas une certaine contradiction à affirmer d'un côté, que le principal véhicule du pouvoir est la décision (unilatérale) et à vouloir, de l'autre, détacher le régime du pouvoir du registre de la volonté, tant le mot décision implique un choix<sup>588</sup>, qui est un acte de volition<sup>589</sup>, on aura noté ici le rôle fondamental qui revient au juge au sein de cette théorie et en présence d'un tel standard. L'auteur s'en défend toutefois en soulignant qu'il ne s'agit pas ici d'une réelle intrusion dans le contrat puisque le juge intervient dans le pouvoir, dans la définition du bien commun et non dans la définition de la volonté contractuelle<sup>590</sup>.

C'est dire que si le juge n'a pas à s'immiscer dans le contrat, il est invité à contrôler de près l'exercice du pouvoir, selon la devise : « Qui dit contractuel dit juste, qui dit unilatéral dit injuste »<sup>591</sup>. Cet esprit semble bien être à l'œuvre en jurisprudence également.

**657.** En effet, la jurisprudence a adopté elle aussi une vision décomposée du contrat en consacrant la notion de « prérogative contractuelle », par opposition à la « substance des droits et obligations convenus entre les parties ». Dans son fameux

Par ce procédé, les parties attribuent à l'une d'elles certaines prérogatives. Le contrôle de ce type de clauses ne peut donc se limiter aux règles classiques appliquées aux obligations contractuelles ».

<sup>585</sup> P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, th. préc., n° 229 et s., spéc. n° 261 : « en tant que pouvoir, la prérogative contractuelle doit être justifiée par le bien commun ».

<sup>586</sup> *Ibid.*, n° 262.

<sup>587</sup> *Ibid.*, n° 452.

<sup>588</sup> Le mot décider vient du latin *decidere*, qui signifie trancher.

<sup>589</sup> De sorte que volonté, choix et décision apparaissent indissociables.

<sup>590</sup> *Ibid.*

<sup>591</sup> La formule est empruntée à M. BEHAR-TOUCHAIS, « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 21.

arrêt du 10 juillet 2007<sup>592</sup>, que nous avons déjà eu l'occasion de rencontrer, la Cour de cassation a énoncé que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »<sup>593</sup>.

La distinction établie entre la « prérogative contractuelle » et la « substance des droits » permet avant tout de cantonner le rôle de la bonne foi (article 1134 al. 3 C. civ.) : seul l'usage déloyal de la prérogative contractuelle peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1134 al. 3 C. civ., la substance même des droits et obligations nés du contrat ne pouvant quant à elle être remise en cause sans violation du premier alinéa du même texte<sup>594</sup>. C'est la créance qui est mise ainsi hors d'atteinte du juge. A ce titre, on a fait remarquer fort subtilement que la notion de prérogative apparaissait davantage comme un instrument de lutte contre la bonne foi, de défense de l'efficacité économique et de l'utilitarisme contractuel que comme un instrument d'appréhension de l'unilatéralisme contractuel<sup>595</sup>. Cela n'a pas empêché la doctrine majoritaire de voir dans la notion de prérogative contractuelle l'expression des « droits potestatifs adjoints au contrat ». On enseigne à cet égard que la « prérogative contractuelle » désigne les « “pouvoirs d'essence unilatérale” accordés à une partie, par une clause du contrat ou éventuellement par la loi et dont l'exercice permet à celle-ci d'influer sur le contrat au stade de sa formation (...), de son contenu (...), de

---

<sup>592</sup> Com., 10 juillet 2007 (Société Les Maréchaux), Bull. IV, n° 188, D. 2007, p. 1955, note X. DELPECH, p. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK et p. 2844, note P.-Y. GAUTIER, pan. 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON, JCP 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF, Contrats, conc. consom. 2007, comm. 294, note L. LEVENEUR, Defrénois 2007, p. 1454, obs. E. SAVAUX, RDC 2007, p. 1107, obs. L. AYNÈS, p. 1110, obs. D. MAZEAUD, RTD civ. 2007, p. 773, obs. B. FAGES, *GAJC*, t. 2, n° 164.

<sup>593</sup> V. également Civ. 3<sup>e</sup>, 9 décembre 2009, D. 2010, p. 476, note J. BILLEMONT, RTD civ. 2010, p. 105, obs. B. FAGES ; Com., 15 mars 2011, n° 09-13299, JCP E 2011, 1482, n° 6, obs. J.-B. SEUBE ; Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, Contrats, conc. consom. 2013, comm. 128, note L. LEVENEUR, RDC 2013, p. 888, obs. Y.-M. LAITHIER.

<sup>594</sup> V. le communiqué de la Cour de cassation relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007. On notera que le droit positif français s'écarte ainsi du droit européen du contrat, en particulier de l'art. III.-1.103 PCCR qui dispose : « (1) Chacun est tenu d'agir conformément aux exigences de la bonne foi en exécutant une obligation, en exerçant un droit à l'exécution, en se prévalant d'un moyen visant à sanctionner l'inexécution ou en défense contre un tel moyen, ou en exerçant un droit de mettre fin à une obligation ou une relation contractuelle. (...) (3) La violation de ce devoir ne donne pas directement droit aux moyens sanctionnant l'inexécution d'une obligation mais elle peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé ».

<sup>595</sup> V. la profonde analyse de D. FENOUILLET, « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011, p. 644 et s., spéc. n° 4, 7 et 8. Comme le souligne l'auteur, la « prérogative » s'inscrit dans un contexte idéologique de résistance au solidarisme contractuel. L'étude de D. MAZEAUD, intitulée « Sécurité juridique *versus* moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de M.-S. PAYET*, Paris, Dalloz, 2011, p. 439 et s., est fort révélatrice à ce titre.

sa dissolution (...), de sa cession (...), etc »<sup>596</sup>. Une telle lecture peut se réclamer du manuel de droit des obligations de MM. Malaurie, Aynès et Stoffel-Munck, auquel la Cour de cassation se réfère explicitement dans son communiqué accompagnant l'arrêt. Les auteurs parlent de « prérogatives du créancier accessoires au droit de créance lui-même », en citant comme exemples (non limitatifs) la résolution, la résiliation, le non-renouvellement et l'agrément<sup>597</sup>. Sans être définie, la notion de prérogative désigne bien certaines manifestations de l'unilatéralisme contractuel<sup>598</sup>. Dans une perspective comparative, on notera que la catégorie de ces « pouvoirs d'essence unilatérale » ou celle des « prérogatives contractuelles » s'avère plus large que la catégorie allemande des « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*). En effet, au-delà des prérogatives qui permettent à l'une des parties de transformer la situation juridique par l'expression de sa seule volonté, telle la faculté détenue par l'assureur, en vertu d'une clause contractuelle, de modifier unilatéralement la liste et le nombre des supports des contrats d'assurance-vie<sup>599</sup>, ou encore la faculté de résiliation unilatérale détenue par l'une des parties en vertu d'une clause résolutoire<sup>600</sup>, on y fait entrer des prérogatives dont les effets ne se produisent pas à proprement parler à travers la seule manifestation de volonté du bénéficiaire de celle-ci. C'est le cas des clauses limitatives de réparation<sup>601</sup>, des clauses pénales ou encore des clauses d'indemnisation pour résiliation anticipée<sup>602</sup> qui sont bien souvent rattachées à la catégorie des prérogatives contractuelles<sup>603</sup>.

Ce qui nous retiendra ici n'est pas tant cette divergence d'approche conceptuelle française et allemande que les conséquences que l'on entend tirer de cette qualification spécifique de prérogative contractuelle, pouvant être appliquée à la

<sup>596</sup> *GAJC*, t. 2, n° 164, p. 176 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 440, p. 490.

<sup>597</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 764.

<sup>598</sup> L'art. préc. de L. AYNÈS (« Vers une déontologie du contrat ? ») conforte ce sentiment.

<sup>599</sup> V. Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juin 2013, n° 12-22.308, *Juris-Data* n° 2013-012278 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 7 mai 2009 (3 arrêts), n° 08-16.500, 08-16-501 et 08-17.325 (qui qualifie cette faculté de prérogative contractuelle).

<sup>600</sup> V. Paris, pôle 4, ch. 9, 29 novembre 2012, n° 10/08391, *Juris-Data* n° 2012-027709 (qui qualifie cette faculté de prérogative contractuelle).

<sup>601</sup> V. à ce titre Ph. STOFFEL-MUNCK, « Créancier déloyal dans l'exécution n'est pas moins créancier », note sous Com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839 et s., n° 9 : « Les principales clauses dont l'usage « déloyal » est ainsi sanctionné sont donc les clauses résolutoires (...), mais aussi les clauses d'agrément (...), les clauses d'essai (droit de la vente, voire droit du travail) et les clauses limitatives de réparation ».

<sup>602</sup> V. Paris, pôle 4, ch. 9, 18 avril 2013, n° 11/10539, *Juris-Data* n° 2013-008406 (qui la qualifie de prérogative contractuelle).

<sup>603</sup> On notera que Geneviève HELLERINGER, qui a proposé une typologie des clauses contractuelles, rattache pour sa part les clauses limitatives de responsabilité et pénales non pas à la catégorie des « clauses de pouvoir », qui ont pour fonction précisément d'allouer un droit potestatif à l'une des parties, mais à la catégorie des « clauses de prestation » ayant pour fonction de définir les engagements et les remèdes qui devront, le cas échéant, être fournis : v. *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, th. Paris I, préf. L. AYNÈS, Paris,

résolution unilatérale du contrat. Celle-ci légitime le contrôle judiciaire de son exercice : son usage déloyal peut être sanctionné par le juge. On est proche ici de la logique à l'œuvre dans cette jurisprudence, évoquée plus haut, qui qualifie d'acte de justice privée la mise en œuvre d'une clause résolutoire, et qui en déduit que le bénéficiaire doit, pour cette raison, être de bonne foi<sup>604</sup>. La vérification de la loyauté du titulaire de la prérogative contractuelle permet au juge d'exercer un pouvoir d'appréciation résiduel<sup>605</sup>.

**658.** Avant de l'envisager plus amplement, on notera que le recours (indifférencié) aux notions de bonne foi<sup>606</sup> ou d'abus<sup>607</sup> afin d'encadrer l'exercice des prérogatives contractuelles est significatif d'un rattachement de la réflexion à la notion de droit subjectif, tant il est vrai que « l'abus présuppose (...) l'existence d'un droit subjectif »<sup>608</sup>. A l'instar d'autres auteurs, on approuvera un tel rattachement, dès lors que le contrat considéré est un contrat-échange<sup>609</sup>. Dans ce type de contrat en effet, dont le modèle est la vente, les prérogatives unilatérales, telles que la résolution unilatérale pour inexécution, sont indéniablement ordonnées à la seule satisfaction de l'intérêt de leur titulaire, en l'occurrence le créancier. C'est dire que le créancier peut librement exercer son droit de résolution unilatérale, sous la seule réserve de l'abus ou de la mauvaise foi.

---

LGDJ, 2012, n° 150-163. Pour autant, elle caractérise la famille des clauses de pouvoir comme une catégorie factuelle et non juridique, ce qui ne l'empêche pas de lui appliquer un régime juridique particulier.

<sup>604</sup> V. supra. Comme l'observe Ch. ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3<sup>e</sup> éd., Aix-en-Provence, PUAM, 2006, n° 167 : « L'étendue des pouvoirs que lui confère la référence à la bonne foi suscite apparemment l'embarras du juge. Pour se justifier, il qualifie la mise en œuvre de la clause résolutoire "d'acte de justice privée" (...), comme s'il ne s'agissait pas d'exécuter la convention des parties ».

<sup>605</sup> V. sur ce point M. LAMOUREUX, th. préc., n° 549 et s.

<sup>606</sup> En sus du fameux arrêt de la Cour de cassation en date du 10 juillet 2007 (Société Les Maréchaux), v. par ex. Paris, pôle 4, ch. 9, 29 novembre 2012, préc. : « Considérant que l'exercice d'une prérogative contractuelle n'exclut pas un manquement à l'obligation d'exécution loyale et de bonne foi du contrat prévue à l'article 1134 alinéa 3 du code civil ».

<sup>607</sup> V. Civ. 2<sup>e</sup>, 13 juin 2013, n° 12-22.308, préc. : « Qu'en statuant ainsi sans caractériser l'abus commis par l'assureur dans l'usage de la prérogative contractuelle lui donnant la faculté de modifier les supports éligibles en cas d'arbitrage, la cour d'appel a violé le texte susvisé [art. 1134 C. civ.] ».

<sup>608</sup> V. la très juste analyse de M. JAOUEN, th. préc., n° 168 (avec d'autres références). V. déjà P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », JCP Cah. dr. entr. 1998, n° 6, p. 31.

<sup>609</sup> Comp. S. LEQUETTE, th. préc., n° 471 et 479 : dans le contrat-permutation [échange], « (...) les prérogatives contractuelles unilatérales suivent la même orientation que les droits de créance qu'elles accompagnent et revêtent donc un caractère potestatif » ; elles sont « exclusivement ordonné[e]s à l'intérêt de [leur] titulaire » ; M. JAOUEN, th. préc., n° 166 et s.

En ce qu'elle constitue une exigence de comportement<sup>610</sup>, la référence à la bonne foi conduit logiquement à s'intéresser avant tout aux circonstances de la rupture unilatérale, qui peuvent la rendre fautive, et moins au droit de rompre en lui-même. Il ne faut pas perdre de vue toutefois que le droit de résolution est un « droit causé »<sup>611</sup>, c'est-à-dire enserré dans le jeu de conditions (légal) strictement fixées, de sorte qu'en mettant fin au contrat sans que les conditions soient réunies, le créancier « excède » son droit<sup>612</sup>. La jurisprudence qualifie là aussi la rupture unilatérale d'abusives<sup>613</sup>. Le créancier sera donc susceptible d'être sanctionné parce qu'il n'avait pas le droit de rompre. Il convient d'envisager à présent les sanctions que peut prononcer le juge dans un tel cas de figure.

### **B. DES MODES D'INTERVENTION RÉVÉLATEURS D'UN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE A POSTERIORI**

**659.** On n'a de cesse de souligner combien l'intervention du juge en aval de la rupture et non plus en amont de celle-ci se traduit par une réduction de son rôle et de ses pouvoirs.

En effet, l'admission de la résolution unilatérale vient transformer le rôle du juge, ce dont atteste le vocabulaire utilisé : alors qu'en cas de résolution judiciaire, le juge *prononce* la résolution, en cas de résolution unilatérale, il ne fait plus que la *constater*<sup>614</sup>.

Comme le notait déjà René Cassin, dans ce dernier cas, l'intervention du juge n'est plus préventive et *créatrice d'une situation nouvelle*. Devancée tout d'abord par les faits d'inexécution, puis par la riposte de la partie lésée, elle va avoir pour objet,

---

<sup>610</sup> Ainsi qu'il ressort très nettement par exemple de l'art. 2 (b) du DCEV, où la bonne foi et la loyauté sont définies comme « un comportement caractérisé par l'honnêteté, la franchise, et la prise en considération des intérêts de l'autre partie à la transaction ou à la relation en question ».

<sup>611</sup> C'est le terme employé par Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », art. préc., p. 71.

<sup>612</sup> Encore que l'on puisse se demander s'il ne serait pas plus juste de considérer ici que le créancier agit *sans droit* (ou en dehors de son droit), ce qui est *a priori* distinct de l'*abus de droit*.

<sup>613</sup> V. par ex. Toulouse, ch. 2, section 1, 9 novembre 2011, Juris-Data n° 2011-027064 : « la preuve des manquements allégués n'étant nullement rapportée (...), la rupture des relations est abusive » ; Grenoble, ch. civ. 2, 19 janvier 2010, n° 08/01810, Juris-Data n° 2010-013907.

<sup>614</sup> V. les art. 110 et 113 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 136 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (dans sa version du 23 octobre 2013). On notera que la terminologie utilisée par l'avant-projet CATALA est moins nette, en ce qu'il est indiqué qu'en cas de résolution unilatérale du contrat, le juge « valide » ou non la résolution (v. l'art. 1158-1). Le verbe « valider » pourrait venir accréditer la thèse qui voit dans la résolution unilatérale du contrat un simple fait juridique, la résolution étant ainsi toujours *prononcée* par le juge.

ou bien de consacrer un résultat déjà acquis lorsque les juges trouveront justifiée l'attitude du dénonçant, ou bien de réprimer une dénonciation unilatérale injustifiée ou simplement précipitée<sup>615</sup>.

En cas de résolution unilatérale, le rôle du juge se limite ainsi, en principe, à porter un jugement sur la régularité de la rupture et non pas sur son opportunité<sup>616</sup>. C'est dire que son pouvoir d'appréciation est bien plus limité que lorsqu'il intervient en amont, du moins si l'on a égard au modèle français de résolution judiciaire.

Ceci est logique dans la mesure où la résolution constitue ici un « droit », du moins une prérogative du créancier.

**660.** Visiblement, la doctrine française s'accommode mal d'un tel constat. On n'exclut nullement que le juge puisse exercer un « pouvoir modérateur » *a posteriori*<sup>617</sup> ou qu'il puisse, à tout le moins, « porter une appréciation réelle de la mise en œuvre et de l'opportunité de la prérogative unilatérale de décider de la résolution »<sup>618</sup>. Autant de considérations qui laissent présager un pouvoir discrétionnaire du juge *ex post*.

Encore faut-il être prudent tant les représentations qui se cachent sous ces mots peuvent diverger<sup>619</sup>. Pour apprécier l'étendue exacte du pouvoir du juge en cas de contestation de la décision unilatérale de résolution, il est donc préférable de se tourner directement vers les moyens offerts à ce dernier et censés assurer un contrôle effectif.

En règle générale, lorsque les auteurs relèvent, à grand regret, que la résolution unilatérale crée une situation de fait qui, pratiquement, ne laisse plus au tribunal une entière liberté d'appréciation<sup>620</sup>, ils veulent souligner par là que le juge

---

<sup>615</sup> R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. préc., p. 359.

<sup>616</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 622, p. 446 (avec d'autres références) ; J. ROCHFELD, « Résolution et exception d'inexécution », art. préc., p. 229.

<sup>617</sup> V. en ce sens S. LEGAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », PA 4 décembre 2007, p. 7 et s. ; S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », art. préc., n° 40.

<sup>618</sup> J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », art. préc., n° 24, p. 126. V. également E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », art. préc., n° 29, p. 1397.

<sup>619</sup> Ainsi, pour Mme STIJNS, le pouvoir modérateur du juge *a posteriori*, « en vertu duquel [il] apprécie la gravité suffisante des manquements en rapport avec la gravité de la sanction, est une simple application de la théorie de l'abus de droit ». Ainsi (strictement) entendu, ce pouvoir se prête mal à la définition du pouvoir discrétionnaire qui implique que le juge décide du bien-fondé de la résolution selon des considérations de pure opportunité.

<sup>620</sup> V. notamment J. GHESTIN, « La résolution pour inexécution (en droit français) », art. préc., p. 120.

dispose de moyens limités pour sanctionner, le cas échéant, une résolution unilatérale injustifiée ou abusive.

On déplore, en particulier, que le juge n'ait bien souvent d'autre ressource que les dommages-intérêts pour sanctionner une résolution irrégulière (1). Aussi, appelant de ses vœux un net renforcement des pouvoirs du juge intervenant *a posteriori*, la doctrine majoritaire préconise de le doter du pouvoir de remettre en cause la décision même de rompre, en ordonnant le maintien forcé du contrat (2).

### *1. La sanction des dommages-intérêts : la défaite du juge ?*

**661.** Dans tout modèle de résolution unilatérale, le créancier prend le risque d'être désavoué *a posteriori* par le juge, lorsque l'une ou l'autre des conditions de fond ou de mise en œuvre de la résolution fait défaut.

S'il est un point sur lequel tout le monde s'accorde, c'est que le créancier peut voir sa responsabilité mise en jeu par le juge si la résolution unilatérale s'avère infondée ou abusive. Certaines codifications allemandes plus anciennes l'avaient expressément formulé. C'est le cas du Code général des Etats prussiens de 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preußischen Staaten*). La résolution unilatérale pour inexécution y faisait figure d'exception car elle était réservée aux contrats portant sur une obligation de faire (*Handlung*). Pour ces derniers, le code avait indiqué que la partie qui se prévaut de l'inexécution de la part de son cocontractant peut se défaire immédiatement du contrat, mais « à ses risques »<sup>621</sup>. Et ce pour marquer précisément que si la résolution devait s'avérer injustifiée *a posteriori*, cette partie devrait dédommager entièrement son cocontractant<sup>622</sup>.

**662.** La sanction des dommages-intérêts s'impose par la force des choses. Comme il a été très justement relevé, la condamnation à des dommages-intérêts constitue la sanction la plus naturelle car, même s'il apparaît après coup qu'elle n'était pas justifiée, la rupture est généralement définitivement consommée au

---

<sup>621</sup> V. ALR, I. Teil, 5. Titel, § 408 : « Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, kann derjenige, welcher behauptet, daß der Andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe, oder solchergestalt nicht leisten könne, zwar sofort, *auf eigene Gefahr*, von dem Vertrage wieder abgehen » (nous soulignons).

<sup>622</sup> V. ALR, I. Teil, 5. Titel, § 409 : « Er muß aber, wenn sich hiernächst bei der gerichtlichen Untersuchung findet, daß sein Vorgehen unbegründet gewesen sei, den Gegentheil vollständig entschädigen ».



moment où le juge statue au fond : il n'est alors plus possible de rétablir le contrat et la réparation ne peut se faire que par équivalent<sup>623</sup>.

D'où ce sentiment que la résolution unilatérale place le créancier en position de force par rapport au juge qui se voit mis ainsi devant le fait accompli<sup>624</sup>. Pour beaucoup, la sanction des dommages-intérêts est révélatrice d'une certaine impuissance, d'une certaine défaite du juge face au pouvoir unilatéral du créancier<sup>625</sup>. En effet, elle laisse intacte la décision de rompre prise par ce dernier. Si bien qu'on peut avoir le sentiment que le créancier dispose, au fond, d'une option entre, d'une part, exécuter le contrat, et d'autre part, le rompre moyennant une certaine somme. Le spectre de la théorie de la « violation efficace » du contrat est bien là<sup>626</sup>.

**663.** Pour contrer cet état jugé peu satisfaisant parce que contraire à l'idée qu'on se fait de la force obligatoire du contrat, certains auteurs n'hésitent pas à préconiser l'instauration de dommages-intérêts punitifs<sup>627</sup>. C'est vouloir redonner une arme au juge afin que ce dernier puisse sanctionner des pratiques jugées peu conformes à nos principes juridiques. Peu importe à cet effet que l'arme considérée soit elle-même étrangère à la tradition française. La fin justifie les moyens ! En effet, la *common law* est réputée être (là encore) la terre d'élection des dommages-intérêts punitifs<sup>628</sup>. Ces derniers constituent une sanction financière (ou peine privée) qui

<sup>623</sup> B. FAGES, *Droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2013, n° 304. C'est ainsi que raisonnent les juges du fond : v. par ex. Nîmes, ch. com. 2, section B, 24 janvier 2013, n° 11/02953, Juris-Data n° 2013-010737 : « (...) la rupture étant définitivement consommée, (...) il s'ensuit que [la partie dénonçante] est tenue de réparer les conséquences préjudiciables de cette rupture anticipée des relations contractuelles ».

<sup>624</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 608, p. 437 ; Ch. JAMIN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, préc. : « (...) en ne se réservant le droit d'intervenir qu'une fois [le contrat] rompu, le juge se condamne le plus souvent à ne pouvoir accorder que des dommages et intérêts. Le pouvoir du créancier en ressort donc renforcé (...) ».

<sup>625</sup> Très nets sur ce point : E. BAZIN, « La résolution unilatérale du contrat », art. préc., p. 1398 : « Or, force est d'avouer que le contrôle judiciaire perd de sa portée puisque la disparition du contrat est consolidée *de facto*. La seule sanction est la condamnation de l'auteur de la rupture à verser des dommages et intérêts à la victime si la résolution unilatérale se révèle disproportionnée à la gravité du comportement du débiteur. (...) cette consolidation de l'anéantissement unilatéral du contrat pose véritablement un problème » ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat, op. cit.*, n° 476.

<sup>626</sup> Sur cette théorie, v. Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 405 et s. Comme l'expose l'auteur, les défenseurs de la théorie de la violation efficace encouragent une partie à rompre fautivement le contrat dès lors que la valeur de l'avantage qui en découle dépasse la valeur du préjudice réparable subi par l'autre partie. L'objet de cette théorie est donc de légitimer la faute intentionnelle lorsque ses effets sont efficaces. V. également J. ROCHFELD, « La rupture efficace », in Ch. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, p. 173 : « (...) l'idée d'efficacité de la rupture (...) est fondée sur l'admission de l'inexécution volontaire du contrat – violation efficace – et de sa rupture – rupture efficace –, dans l'hypothèse où celles-ci apparaissent plus favorables que l'exécution ou le maintien ».

<sup>627</sup> V. par ex. Ch. JAMIN, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, préc. ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 32, p. 390 ; P. ANCEL, « Le juge et l'inexécution du contrat », art. préc., p. 115.

<sup>628</sup> On notera ici que si cette catégorie de dommages-intérêts trouve bien son origine en *common law*, elle y fait davantage partie du paysage délictuel que contractuel. Ainsi, en droit anglais, les dommages-intérêts punitifs ne

s'ajoute aux dommages-intérêts compensatoires destinés à réparer le préjudice subi par la victime et qui ont ainsi une double fonction punitive et dissuasive. Ils visent à sanctionner essentiellement les fautes dites lucratives<sup>629</sup>.

**664.** Leur introduction en matière contractuelle permettrait au juge d'accorder au contractant évincé des dommages-intérêts suffisamment substantiels pour dissuader un contractant de sortir intempestivement du contrat<sup>630</sup>. Nul doute que le juge retrouverait ainsi un rôle plus dynamique. Pour l'heure, le juge français n'est pas doté d'un tel pouvoir de sanction, celui-ci étant lié au principe dit « de la réparation intégrale ou d'équivalence entre dommage et réparation ». Seul un projet de réforme s'est engagé dans cette voie<sup>631</sup>.

Les dommages-intérêts punitifs restent en effet très contestés à la fois au niveau national et européen. En droit européen des contrats, ils ont été clairement écartés. Il n'y a qu'en matière délictuelle que les projets européens prévoient la possibilité pour le juge de condamner l'auteur d'une faute intentionnelle lucrative à verser des dommages-intérêts « restitutoires » plutôt que compensatoires<sup>632</sup>. Et même là, on s'est empressé de dissiper tout amalgame avec les dommages-intérêts punitifs<sup>633</sup>. Les dommages-intérêts restitutoires s'en distinguent sur plusieurs points<sup>634</sup>. En particulier, ils ne poursuivent pas la même finalité : tandis que les

---

font pas partie des sanctions de l'inexécution du contrat (v. B. FAUVARQUE-COSSON, RDC 2005, p. 479 et s. ; S. ROWAN, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français : étude comparative », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, op. cit., p. 359 et s.). Cela peut paraître logique à première vue tant les dommages-intérêts punitifs contreviennent à la théorie de la « violation efficace » du contrat ou à l'analyse économique du droit, qui voit dans la décision de rompre un choix économique et rationnel (v. sur ce point S. ROWAN, art. préc., p. 359). Cela n'a pas empêché toutefois l'apparition, en matière d'inexécution du contrat, d'une autre catégorie (intermédiaire) de dommages-intérêts, les dommages-intérêts dits restitutoires fondés non plus sur l'existence d'un préjudice, mais sur le profit tiré de la rupture du contrat, ces derniers restant toutefois exceptionnels (v. B. FAUVARQUE-COSSON, art. préc.).

<sup>629</sup> La faute lucrative a pu être définie comme la faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés : v. G. VINEY, « Exposé des motifs », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription [Catala]*, op. cit., p. 168.

<sup>630</sup> P. ANCEL, *ibid.*

<sup>631</sup> C'est le cas de l'avant-projet CATALA qui prévoit en son article 1371 que « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public (...) ». Cet article a vocation à s'appliquer tant en matière contractuelle que délictuelle.

<sup>632</sup> V. par ex. l'art. VI 6.104 (A) PCCR.

<sup>633</sup> V. commentaire sous l'art. VI.—6.101 PCCR, in Ch. VON BAR, E. CLIVE (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. XX, 2009, n° 3724.

<sup>634</sup> Sur la distinction entre dommages-intérêts punitifs et restitutoires, v. P. RÉMY-CORLAY, « De la réparation », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, p. 199 et s. ; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009, p. 2944 et s.

dommages-intérêts punitifs visent à punir une faute particulièrement grave, à infliger une peine civile, les dommages-intérêts restitutoires sont destinés à confisquer un profit illicite. Il en découle des modalités de calcul différentes. Sans vouloir entrer dans le détail d'une matière que nous avons écartée du champ de notre étude, on notera que dans le cas des dommages-intérêts restitutoires, le juge dispose d'une base de calcul plus concrète et délimitée puisqu'ils se calculent uniquement en fonction du profit retiré par le responsable. Sa marge d'appréciation est donc beaucoup plus réduite.

Globalement, les dommages-intérêts restitutoires sont mieux acceptés que les dommages-intérêts punitifs. Les rédacteurs de l'avant-projet Terré les ont retenus en matière d'inexécution du contrat afin de sanctionner précisément le « dol lucratif », c'est-à-dire l'inexécution volontaire de la partie qui préfère s'exposer à une résolution et à des dommages-intérêts<sup>635</sup>. Mais on remarquera qu'ils apparaissent moins comme l'arme du juge que comme celle du contractant évincé : en effet, leur choix appartient à ce dernier et non au juge<sup>636</sup> !

**665.** Si la place centrale occupée par les dommages-intérêts dans le cadre du contentieux de la résolution unilatérale du contrat s'explique avant tout par des considérations pratiques, elle tient également à des considérations d'ordre théorique, en particulier au recours, typiquement français cette fois, à la théorie de l'abus de droit.

Le contrôle exercé *a posteriori* par le juge français est le plus souvent analysé comme un contrôle de l'abus de droit. Cela s'explique certainement par le fait que la rupture unilatérale du contrat est le noyau primitif de la théorie de l'abus de droit en France<sup>637</sup>. Or, l'abus de droit est envisagé presque exclusivement comme une source

---

<sup>635</sup> V. l'art. 120 de l'avant-projet Terré et les obs. de Ph. RÉMY, in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.*, p. 286.

<sup>636</sup> L'art. 120 dudit projet dispose en effet que « (...) en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'inexécution ». De cet article, on retiendra d'abord que les dommages-intérêts restitutoires ne s'ajoutent pas aux dommages-intérêts compensatoires mais en constituent une alternative. Ensuite, qu'ils sont au choix du créancier et non du juge. Comme l'a observé G. VINEY dans un contexte plus général, lorsque le demandeur exige la restitution du profit illicite causé par une faute lucrative, le juge ne devrait pas avoir la liberté de rejeter cette demande. C'est dire qu'il devrait être lié par la demande du créancier, toute marge de liberté devant être écartée (v. « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011, n<sup>o</sup> 6-8, p. 27).

<sup>637</sup> V. la très riche analyse de P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », art. préc., p. 31. L'auteur rappelle que contrairement à ce qu'on pense généralement, ce n'est pas à propos du

de responsabilité civile (le plus souvent délictuelle)<sup>638</sup>. Il apparaît toujours comme une variété particulière de faute obligeant celui qui l'a commise à réparer le préjudice causé<sup>639</sup>. Si l'abus de droit évoque le plus souvent la faute de l'article 1382 C. civ., en matière contractuelle, il se fonde dans la notion du manquement à la bonne foi de l'article 1134 al. 3 C. civ.<sup>640</sup> Dans cette perspective, il s'agit de condamner le comportement indélicat, léger ou autrement fautif adopté par le titulaire du droit en marge de son exercice<sup>641</sup>. Pourra ainsi être condamné, par exemple, le créancier qui met en demeure son débiteur dans des conditions telles que celui-ci est dans l'impossibilité de remédier à ses manquements<sup>642</sup>.

Comme nous l'avons brièvement évoqué plus haut, la notion d'abus de droit est mobilisée plus largement encore puisqu'elle sert non seulement à sanctionner un comportement déloyal dans la mise en œuvre de la résolution mais aussi à sanctionner l'absence de réunion des conditions nécessaires à son exercice. Les tribunaux qualifient ainsi la rupture unilatérale d'*abusiva* lorsque le créancier ne rapporte pas la preuve d'un « manquement suffisamment grave » de la part du débiteur ou d'un manquement tout court. Dans l'absolu il est vrai, le mot abus, qui vient du latin *abusus*, signifie « faire mauvais usage »<sup>643</sup>. On peut considérer à ce titre que le créancier qui déclare le contrat résolu alors que les conditions de la résolution ne sont pas réunies fait un « mauvais usage » de son droit, et commet donc un abus. Pourtant, il nous semble que ce cas de figure se prête mal à une telle qualification, laquelle renvoie le plus souvent, on l'a vu, à une faute *en marge* de l'exercice du droit. Ici,

droit de propriété, mais à propos du droit de résiliation unilatérale du contrat de louage de services que s'est développée, à la fin du XIXe siècle, dans la doctrine française, la théorie de l'abus de droit. Sur l'histoire de l'apparition de l'abus de droit en France, en liaison avec la loi du 28 décembre 1890 sur la résiliation unilatérale du contrat de louage de services, v. P. ANCEL, C. DIDRY, « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle », in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisses*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 51 et s.

<sup>638</sup> P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », art. préc., p. 36. V. également Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n° 120.

<sup>639</sup> P. ANCEL, *ibid.*

<sup>640</sup> V. P. ANCEL, art. préc., p. 34, et les références citées.

<sup>641</sup> Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

<sup>642</sup> C'est un cas appréhendé sous l'angle de l'abus de droit dans plusieurs systèmes juridiques nationaux : v. J. GORDLEY, « The Abuse of Rights in Civil Law Tradition », R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law ?*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 44. En France, un auteur qui fait autorité a avancé que l'abus ne pourrait logiquement être sanctionné que selon les techniques propres à la responsabilité civile, que la sanction devrait théoriquement laisser intact le droit exercé : v. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, th. Aix-en-Provence, préf. R. BOUT, Paris, LGDJ, 2000, spéc. n° 294 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 122. Cela n'empêche pas la jurisprudence de sanctionner parfois l'abus ou la mauvaise foi par une autre sanction que les dommages-intérêts, en particulier par la neutralisation du comportement contraire à la bonne foi : le cas le plus connu est celui de la clause résolutoire mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier de l'obligation inexécutée : v. Civ. 3<sup>e</sup>, 16 octobre 1973, Bull. III, n° 529, p. 386 et infra.

c'est le droit lui-même qui est en cause. Les deux cas de figure méritent selon nous d'être distingués. Nous rejoignons ici pleinement Pascal Ancel qui distingue très clairement les cas où le comportement est en dehors du droit, où il est donc *a priori* illicite, de ceux où, parce qu'il s'inscrit dans les limites du droit subjectif, il est de prime abord licite et où son illicéité ne peut être admise que s'il y a eu abus du droit en question<sup>644</sup>.

**666.** Pourquoi ne pas considérer tout simplement que le créancier qui rompt le contrat en dehors des conditions posées pour son exercice commet lui-même une inexécution et non un abus ?

C'est l'approche qui prévaut dans de nombreux droits étrangers<sup>645</sup>, y compris en droit allemand. La jurisprudence allemande a affirmé à plusieurs reprises que la partie qui mettait fin au contrat de façon injustifiée commettait une violation du contrat (*Vertragsverletzung*). Et ceci à double titre.

Comme l'a souligné la Cour fédérale allemande à propos du contrat de bail, lorsque le bailleur résilie le contrat sans que les conditions en soient données, il viole le contrat car il refuse d'exécuter ses propres prestations auxquelles il est pourtant tenu<sup>646</sup>. Les juges allemands relèvent toujours à cette occasion que la résiliation injustifiée est dépourvue d'effet et ne met pas fin au contrat<sup>647</sup>.

Récemment, la Cour fédérale est allée plus loin encore. Dans un arrêt remarqué du 16 janvier 2009, elle a énoncé que la partie contractante qui réclame à l'autre partie quelque chose qui ne lui est pas dû en vertu du contrat ou qui met en œuvre un « droit formateur » (droit potestatif) qui n'existe pas, viole son obligation

<sup>643</sup> *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, *op. cit.*, v° Abus.

<sup>644</sup> P. ANCEL, « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », *art. préc.*, p. 31. L'auteur invite donc à distinguer ce qu'il appelle un « dépassement du droit » de l'abus de droit proprement dit. Il donne entre autres exemples celui du licenciement : « un licenciement sans cause réelle et sérieuse n'est plus, depuis la réforme de 1973, un licenciement abusif ; il est purement et simplement illicite ».

<sup>645</sup> Comme l'ont montré plusieurs auteurs, en droit anglais, celui qui rompt le contrat en dehors des circonstances où elle est permise commet lui-même un *breach of contract* et ce sont donc les remèdes traditionnels du *breach* qui ont vocation à s'appliquer : v. M. LAMOUREUX, *th. préc.*, n° 275 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, *th. préc.*, n° 967 et s. Ici, la place prépondérante des dommages-intérêts tient au fait qu'ils constituent le remède de droit commun.

<sup>646</sup> V. BGH 8. Zivilsenat, 11.1.1984, VIII ZR 255/82, BGHZ 89, p. 296 ; BGH 12. Zivilsenat, 28.11.2001, XII ZR 197/99, NJW-RR 2002, p. 730 : « In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist seit langem anerkannt, daß der Vermieter den Mietvertrag verletzt, wenn er das Mietverhältnis schuldhaft ohne Grund kündigt. Fehlt ein Kündigungsgrund, so tritt die Gestaltungswirkung der Kündigung nicht ein ; das Mietverhältnis besteht vielmehr fort. Mit der wegen fehlender materieller Gründe unwirksamen Kündigung macht der Vermieter dem Mieter indessen den Gebrauch der Mietsache streitig und verletzt damit seine Vertragspflichten ».

<sup>647</sup> V. encore infra.

de protection (*Rücksichtnahmepflicht*) découlant du § 241 al. 2 BGB<sup>648</sup>. Rappelons qu'en vertu de ce paragraphe, chaque partie contractante est tenue de prendre en considération les droits et les intérêts de l'autre partie<sup>649</sup>. La Cour insiste à ce titre sur l'intérêt qu'a le débiteur à ne pas être sollicité plus que ne l'autorise le contrat<sup>650</sup>. Suivant cet arrêt, le simple fait, pour une partie contractante, de se prévaloir à tort d'une prérogative en dehors de tout contexte judiciaire constitue une « violation d'obligation » (*Pflichtverletzung*) au sens du § 280 al. 1 BGB.

C'est précisément dans une affaire où l'une des parties avait exercé à tort son droit de résolution que la haute juridiction a rendu cet arrêt de principe<sup>651</sup>. Encore faut-il préciser que si le contractant qui résout le contrat sans que les conditions en soient données commet de ce seul fait un manquement contractuel, il n'engagera toutefois sa responsabilité que si le manquement lui est imputable. Rappelons qu'en droit allemand, la responsabilité contractuelle est une responsabilité pour faute<sup>652</sup>. C'est sur ce terrain que la haute juridiction est venue tempérer le principe par elle posé. Selon le § 276 al. 2 BGB, le débiteur (ici : la partie qui a dénoncé à tort le contrat) engage sa responsabilité s'il n'applique pas la diligence requise par la pratique des affaires. Or, quelle est la diligence requise de la part du titulaire de la prérogative (de résolution) ? Est-il tenu d'aller consulter un avocat avant de s'en prévaloir et de l'exercer ? On mesure ici toute l'importance de la question : ce n'est

---

<sup>648</sup> BGH 5. Zivilsenat, 16.1.2009, V ZR 133/08, BGHZ 179, p. 238 : « Eine Vertragspartei, die von der anderen Vertragspartei etwas verlangt, das ihr nach dem Vertrag nicht geschuldet ist, oder ein Gestaltungsrecht ausübt, das nicht besteht, verletzt ihre Pflicht zur Rücksichtnahme nach § 241 Abs. 2 BGB ».

<sup>649</sup> § 241 al. 2 BGB : « Le rapport d'obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie ».

<sup>650</sup> BGH 5. Zivilsenat, 16.1.2009, *op. cit.*, pt. 17 : « Danach [§ 241 Abs. 2 BGB] hat jede Vertragspartei auf die Rechte und Interessen der anderen Partei Rücksicht zu nehmen. Zu diesen Rechten und Interessen gehört auch das Interesse des Schuldners, nicht in weitergehendem Umfang in Anspruch genommen zu werden als in dem Vertrag vereinbart ».

<sup>651</sup> Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 16 janvier 2009, les parties avaient conclu un contrat de vente d'un terrain. Il était prévu que ce terrain serait parcellisé, que des maisons seraient construites dessus et revendues. Il était convenu aussi que le prix de vente ne serait exigible qu'au moment de la délivrance du permis de construire. Or, celui-ci se fit attendre. L'acheteur ne s'en expliquant pas auprès du vendeur, ce dernier le soupçonna de faire durer les choses pour retarder le moment du paiement. Le vendeur le somma alors de payer dans un certain délai. Lorsque, quelques jours plus tard, le vendeur reçut une lettre de l'« office de la construction » (*Bauaufsichtsbehörde*) lui disant que la demande de permis de construire n'avait pas encore été déposée par l'acheteur – un fait qui s'avérera erroné par la suite – il notifia à l'acheteur sa décision de rompre le contrat en alléguant sa mauvaise foi. Dans le procès civil qui s'ensuivit, le vendeur fut débouté de sa demande en restitution, les juges ayant qualifié la résolution d'infondée (*unbegründet*). L'acheteur, de son côté, avait formé une demande reconventionnelle en remboursement des frais engagés par lui pour sa défense contre la sommation de payer et la déclaration de résolution. Le seul fondement juridique envisageable était le § 280 al. 1 BGB qui est la disposition de base des dommages-intérêts contractuels en droit allemand. Or, celle-ci présuppose l'existence d'une « violation d'obligation » (*Pflichtverletzung*) de la part de celui à qui l'on demande réparation. Toute la question était donc de savoir si le fait, pour le vendeur, d'avoir résolu à tort le contrat de vente, constituait un tel manquement contractuel et si celui-ci lui était imputable.

<sup>652</sup> L'exigence de faute est posée par le § 280 al. 1 BGB, selon lequel, « Lorsque le débiteur viole une obligation découlant du rapport d'obligation, le créancier peut réclamer la réparation du préjudice qui en résulte. *La règle*

rien moins que l'efficacité des droits et prérogatives contractuelles qui est en jeu ici. Pour ne pas trop entraver leur effectivité, la Cour fédérale a veillé à ne pas placer les exigences trop haut : pour elle, il suffit que la partie contractante qui se prévaut d'une prérogative ait vérifié préalablement que son existence était plausible (*Plausibilitätskontrolle*)<sup>653</sup>. Lorsqu'elle satisfait à cette exigence, la partie qui actionne à tort une prérogative contractuelle n'engage pas sa responsabilité.

**667.** Les réflexions menées en droit allemand montrent combien les dommages-intérêts peuvent venir frapper fort le créancier qui dénonce indûment le contrat, le plus souvent en toute bonne foi.

Les dommages-intérêts ne constituent nullement le seul moyen dont peut se prévaloir le débiteur évincé. Le fait d'appréhender la résolution unilatérale infondée en termes d'inexécution plutôt qu'en termes d'abus conduit à quitter la logique essentiellement indemnitaire liée à la notion d'abus de droit et à ouvrir la palette des sanctions potentielles<sup>654</sup>. Les dommages-intérêts apparaissent ici comme une sanction parmi d'autres au choix... du cocontractant évincé. Cette perspective conduit à porter un regard parfois différent sur la sanction dite du maintien forcé du contrat, présentée en France comme une alternative aux dommages-intérêts.

## ***2. La sanction du maintien forcé du contrat : le retour en force du juge ?***

**668.** Outre l'allocation des dommages-intérêts, l'accent est mis de plus en plus sur la possibilité que doit avoir le juge d'invalidier la résolution unilatérale irrégulière et d'ordonner le maintien forcé du contrat<sup>655</sup>. Pour la doctrine française, cette sanction

*ne joue pas si le débiteur n'a pas à répondre de cette violation* » (nous soulignons). De par cette formule négative, la faute est présumée.

<sup>653</sup> En l'espèce, le vendeur qui avait exercé à tort son droit de résolution n'a pas engagé sa responsabilité de ce fait, dans la mesure où il avait procédé à ce contrôle, notamment en s'informant auprès de l'« office de la construction » (*Bauaufsichtsbehörde*) qui lui avait communiqué des informations erronées. Pour une analyse approfondie de cette jurisprudence, v. Ch. THOLE, « Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung », *AcP* 209 (2009), p. 498 et s.

<sup>654</sup> Comp. Y.-M. LAITHIER, th. préc., n° 212 : « Les sanctions applicables [à la résolution unilatérale irrégulièrement déclarée] ne dérogent pas au droit commun ».

<sup>655</sup> Th. GENICON, th. préc., n° 616.

marque un renforcement des pouvoirs du juge *a posteriori* : grâce à elle dit-on, « le juge se réapproprie en partie le pouvoir de décider du sort du contrat »<sup>656</sup>.

Les mots sont forts : à elle seule, la remarque suggère un certain retour à la logique de l'article 1184 C. civ. Plusieurs considérations viennent accréditer cette thèse. A commencer par l'expression même de « maintien forcé » du contrat qui semble renvoyer à un pouvoir quelque peu exorbitant du juge. Encore faut-il distinguer ici les pouvoirs exercés par les juges du fond (a) et ceux exercés par le juge des référés (b).

En effet, lorsque les juges du fond sont appelés à ordonner le maintien forcé du contrat, ils n'exercent à vrai dire aucun pouvoir exorbitant. Le seul pouvoir exceptionnel qui leur soit reconnu, et dont personne ne semble s'émouvoir, est celui d'allouer un délai de grâce au débiteur par la même occasion<sup>657</sup>.

En revanche, lorsque le juge des référés intervient pour ordonner la poursuite des relations contractuelles, il s'immisce plus directement dans la convention. Le droit de résolution du créancier s'en voit fortement altéré.

#### *a) Le maintien forcé du contrat par les juges du fond*

**669.** L'expression de maintien forcé du contrat utilisée par la doctrine française n'est pas dénuée d'équivoque et peut donner le sentiment que le juge est appelé à exercer un pouvoir quelque peu exorbitant, qui mériterait de ce fait une habilitation expresse<sup>658</sup>. Or, en réalité, ce pouvoir n'a rien d'exceptionnel sinon qu'il est laissé à l'appréciation du juge.

**670.** Régulièrement, les auteurs français plaident pour la reconnaissance de ce pouvoir « spécifique » du juge consistant à maintenir le contrat abusivement rompu<sup>659</sup>. La doctrine majoritaire se dit favorable à ce que dans l'exercice de son pouvoir de contrôle de la légitimité de la résolution unilatéralement prononcée par le

---

<sup>656</sup> P. GROSSER, « L'ordonnancement des remèdes », art. préc., p. 120.

<sup>657</sup> On notera que dans d'autres pays francophones, le délai de grâce *a posteriori* donne lieu à davantage d'hésitations : v. S. STIJNS, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », art. préc., n° 20. L'auteur considère que l'exercice du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un délai de grâce ne peut s'effectuer que préalablement à la résolution.

<sup>658</sup> V. à ce titre A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », PA 2 octobre 2002, p. 7 : « Alors même qu'il n'y aurait pas été spécialement habilité par la loi, le juge maintient, de plus en plus souvent, le contrat, malgré la volonté d'une des parties de le rompre ».



créancier, le juge puisse non seulement accorder des dommages-intérêts au débiteur évincé mais aussi décider que le contrat demeure obligatoire et exécutoire<sup>660</sup>. Ce souhait a été entendu : les trois projets de réforme français viennent souligner à l'unisson que le juge peut, selon les circonstances, soit constater la résolution, *soit ordonner l'exécution du contrat* en octroyant éventuellement un délai au débiteur, le tout sans préjudice de dommages-intérêts<sup>661</sup>. Pourquoi cette précision, si ce n'est pour donner une assise à un pouvoir qui ne va pas de soi ? A lire certains commentaires étrangers, on serait presque convaincu de la nécessité de consacrer formellement ce pouvoir. Invité à porter un jugement sur le régime de la résolution unilatérale retenu par l'avant-projet Catala, Hugh Beale a observé qu'en droit anglais et selon les PDEC, si le juge décide que la résolution n'était pas justifiée, il n'est pas possible de remettre les parties dans la situation antérieure et de donner un délai de grâce (le contrat reste résilié), concluant ainsi que les nouveaux articles français donnent au juge un rôle plus grand<sup>662</sup>.

Mais à bien y regarder, ce pouvoir du juge que l'on a coutume de désigner par l'expression de maintien forcé du contrat n'est autre que le pouvoir ordinaire du juge d'ordonner l'exécution forcée en nature en présence d'une inexécution du contrat. Comme l'a relevé M. Beale, le créancier qui a faussement prétendu qu'il avait le droit de résoudre le contrat sera lui-même en défaut. On a vu que le droit allemand retenait la même analyse. Logiquement donc, le débiteur évincé devrait pouvoir se prévaloir de tous les remèdes à l'inexécution du contrat<sup>663</sup>. S'il n'est pas question, en droit anglais, de maintien forcé du contrat, c'est tout simplement parce que l'exécution forcée en nature y fait figure de remède exceptionnel. On rappellera que sur ce point précisément, les PDEC se sont écartés du droit anglais en consacrant, au profit du créancier, un véritable droit à l'exécution forcée en nature. Ce qui nous amène à

<sup>659</sup> Pour un même constat, v. Ph. CHAUVIRÉ, « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », art. préc.

<sup>660</sup> V. parmi d'autres D. MAZEAUD, « Sanction de la résolution unilatérale infondée », note sous Com., 18 novembre 2008, RDC 2009, p. 484 et s., qui fait observer que : « Pour la plupart des auteurs, aujourd'hui, *il convient*, en cas de résolution unilatérale illégitime ou abusive, *d'accorder au juge le pouvoir de décider que le contrat demeure obligatoire et exécutoire*, parce que, fondamentalement, il en va de la philosophie qui anime notre modèle contractuel français » (nous soulignons).

<sup>661</sup> Art. 1158-1 al. 2 de l'avant-projet CATALA ; art. 110 al. 3 de l'avant-projet TERRÉ ; art. 136 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version du 23 octobre 2013).

<sup>662</sup> H. BEALE, « La réforme du droit français des contrats et le "droit européen des contrats" : perspective de la Law Commission anglaise », RDC 2006, p. 135 et s.

<sup>663</sup> Pour une même analyse, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », art. préc., p. 76.

penser, contrairement à M. Beale, que le juge qui ferait application de ces principes serait bien doté du pouvoir d'ordonner le « maintien forcé » du contrat, sans qu'il soit nécessaire de le préciser expressément dans les articles relatifs à la résolution du contrat.

**671.** Vu sous cet angle, le maintien judiciaire du contrat n'a rien d'exorbitant. Le juge ne fait que tirer les conséquences juridiques d'une résolution unilatérale illicite.

Le droit allemand est particulièrement net sur ce point : selon une jurisprudence constante, la résiliation injustifiée est dépourvue d'effet et ne met pas fin au contrat<sup>664</sup>.

Cette idée semble faire son chemin également au sein de la doctrine française qui parle à ce titre d'« inefficacité » de la résolution pour marquer précisément qu'une résolution qui a été affirmée sans droit n'a pas pu juridiquement opérer<sup>665</sup>.

C'est dire qu'en cas de litige, le juge ne fait que *constater* que le contrat est toujours en vie. Le pouvoir du juge d'assurer le maintien du contrat ne saurait être raisonnablement contesté : en ordonnant l'exécution du contrat, le juge ne fait que satisfaire le principe de la force obligatoire du contrat<sup>666</sup>.

On concédera que le pouvoir du juge peut paraître plus délicat et d'une intensité différente lorsqu'il ordonne le maintien forcé du contrat en cas de résolution

---

<sup>664</sup> V. par ex. BGH 8. Zivilsenat, 11.1.1984, VIII ZR 255/82, BGHZ 89, p. 296 : « Fehlt ein Kündigungsgrund, so tritt die Gestaltungswirkung der Kündigung nicht ein ; das Mietverhältnis besteht vielmehr fort ».

<sup>665</sup> V. en particulier Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », art. préc., p. 74 et s. ; C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 965. L'idée ne fait pas encore l'unanimité, comme en témoigne la réaction de la CCIP à l'avant-projet CATALA (v. D. KLING, « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'avant-projet "Catala" et propositions d'amendements », Rapport préc., p. 94) : dans son rapport, elle conteste la faculté accordée au juge en cas de résolution irrégulière d'ordonner l'exécution du contrat au motif que « le juge serait ainsi amené à ordonner le maintien de l'exécution d'un *contrat qui n'existe plus* - et, parfois, depuis un certain temps... - ce qui ne serait acceptable, ni sur le plan de la pratique des affaires, ni d'un point de vue *strictement juridique* » (nous soulignons). Il en ressort bien que pour la CCIP, même une résolution illégitime produit des effets de droit et met fin au contrat, ce qui devrait empêcher le juge d'ordonner le maintien forcé du contrat. On remarquera que la jurisprudence semble adhérer de plus en plus à l'idée que la résolution unilatérale irrégulière ne produit aucun effet juridique, sans utiliser pour autant le terme d'« inefficacité » : v. Com., 18 novembre 2008, RDC 2009, p. 484, obs. D. MAZEAUD (la Cour a jugé ici que « ayant constaté que [le créancier] ne rapportait pas la preuve d'un quelconque manquement [du débiteur] à des obligations, la Cour d'appel a justement décidé que le protocole signé entre les parties n'était pas devenu caduc ». Comme l'a très justement analysé D. MAZEAUD, la haute juridiction a ainsi considéré que puisque la condition du droit de rupture unilatérale du contrat, à savoir le comportement grave, n'était pas remplie, le juge en avait justement conclu que la rupture du contrat n'était pas consommée.

<sup>666</sup> V. en ce sens également J. MESTRE, « Le juge peut-il imposer une relation contractuelle à titre de réparation ? », RJ com. Juillet/Août 2013, n° 4, p. 303 et s.

unilatérale simplement abusive<sup>667</sup>. Dans ce cas en effet, le droit de rompre est bien né mais il n'a pas été mis en œuvre régulièrement. L'hypothèse la plus connue est celle du créancier qui vient mettre en œuvre une clause résolutoire de mauvaise foi : il en va ainsi par exemple du créancier qui actionne subitement la clause après avoir toléré pendant longtemps l'inexécution, son comportement ayant créé chez son partenaire une croyance erronée au maintien du contrat<sup>668</sup>. Ici, le juge refuse purement et simplement de constater la résolution du contrat invoquée par le bénéficiaire du droit de résolution<sup>669</sup>. Il vient « paralyser », « neutraliser » le jeu de la clause en assurant ainsi le maintien du contrat<sup>670</sup>.

**672.** Dans l'ensemble, il est vrai, le juge français conserve des pouvoirs plus importants que ses homologues étrangers, même lorsqu'il vient sanctionner une résolution unilatérale illicite, c'est-à-dire une résolution mise en œuvre en dehors des conditions posées pour son exercice, ce qui est le cas en particulier en l'absence de comportement grave du débiteur. Non seulement, c'est lui qui choisira le plus souvent d'ordonner ou non le maintien forcé du contrat mais il pourra décider également d'allouer au débiteur un délai de grâce à cette occasion. Autant de facteurs qui laissent entrevoir un pouvoir d'appréciation plus étendu.

---

<sup>667</sup> Pour une utile distinction des cas où la décision de rompre est inefficace ou nulle et ceux où son exercice a été simplement abusif : v. J. MESTRE, art. préc. ; A. MARAIS, « Le maintien forcé du contrat par le juge », art. préc., p. 7 et s.

<sup>668</sup> V. par ex. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1999, Bull. I, n° 52, p. 34, Defrénois 2000, p. 248, obs. D. MAZEAUD (en l'espèce, le créancier avait, pendant plus d'une décennie, toléré l'inexécution de la convention et avait réclamé subitement la mise en œuvre de la peine privée. Au visa de l'article 1134 al. 3 C. civ., la Cour de cassation a reproché à la cour d'appel d'avoir constaté la résolution « sans rechercher (...) si l'ensemble des circonstances (...) n'excluait pas la bonne foi dans la mise en œuvre de la clause résolutoire »). C'est dans le même esprit que certains juges du fond allemands ont qualifié d'« abus de droit » (*unzulässige Rechtsausübung*), contraire au principe de la bonne foi (§ 242 BGB), le fait, pour le créancier, d'intenter d'abord une action en exécution forcée en nature à l'expiration de la *Nachfrist*, pour ensuite déclarer la résolution du contrat. Ils y ont vu, par principe, un comportement incohérent de la part du créancier préjudiciable au débiteur. Cela revenait à priver le créancier de son droit de résolution dès lors qu'il avait demandé l'exécution forcée en nature de l'obligation ; la seule possibilité, pour lui, de résoudre le contrat étant alors d'impartir une nouvelle *Nachfrist* au débiteur. La haute juridiction ne les a toutefois pas suivis dans leur raisonnement : v. BGH 5. Zivilsenat, 20.1.2006, V ZR 124/05, NJW 2006, p. 1198, pt. 21.

<sup>669</sup> F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 664, p. 718.

<sup>670</sup> De même, en droit allemand, la jurisprudence reconnaît que dans certains cas, l'exercice du droit de résolution peut être « abusif » (*unzulässige Rechtsausübung*) et contraire au principe de la bonne foi (§ 242 BGB). Dans ce cas, les juges procèdent à une « suspension » provisoire du droit de résolution (*zeitliche Suspendierung des Rücktrittsrechts*) : v. Ch. ALTHAMMER, « Ius variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers », NJW 2006, p. 1180 et s., et pour un ex. : OLG Düsseldorf 5. Zivilsenat, 24.6.2010, I-5 U 135/09, 5 U 135/09, pt. 50. Comp. l'art. III. – 1.103 al. 3 PCCR : « La violation de ce devoir [bonne foi] ne donne pas directement droit aux moyens sanctionnant l'inexécution d'une obligation mais elle peut interdire à son auteur d'exercer ou de se prévaloir d'un droit ou d'un moyen en demande ou en défense dont il aurait autrement disposé » (nous soulignons).

**673.** En tant que mesure d'exécution en nature, le maintien forcé du contrat en épouse logiquement le régime. Or, nous avons vu combien l'exécution forcée en nature dépendait, en droit français, du pouvoir d'appréciation du juge. Le contentieux de la résolution unilatérale est là encore révélateur.

La doctrine a recensé tout un nombre d'arrêts où les juges se sont bornés à accorder des dommages-intérêts là où le débiteur évincé réclamait la continuation forcée du contrat, plus précisément le paiement de l'obligation souscrite dans son intégralité<sup>671</sup>. Elle en a conclu que le maintien forcé du contrat restait encore une solution incertaine en droit positif, le débiteur évincé n'étant jamais assuré de l'obtenir. A ce titre, deux arrêts, particulièrement marquants, ont retenu l'attention<sup>672</sup>. L'un d'eux est l'arrêt de la cour d'appel de Lyon en date du 13 février 2003<sup>673</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'une convention, par laquelle une société avait confié le nettoyage périodique de ses locaux à une entreprise. Mécontente des prestations, la société avait rompu le contrat avant terme et se recommandait précisément de la jurisprudence « Tocqueville ». Considérant que le comportement grave de l'entreprise de nettoyage n'était pas démontré, la cour d'appel a jugé que la rupture unilatérale était injustifiée mais s'est contentée d'accorder à cette entreprise des dommages-intérêts alors que celle-ci réclamait le versement du prix des travaux qui restaient à accomplir jusqu'à la fin du contrat. A l'appui de sa décision, la cour a énoncé qu'« il est constant que le prix n'est dû qu'en cas d'exécution de la convention » et que « l'auteur de la rupture d'un contrat à durée déterminée, sans respect du terme, ne peut être condamné à payer la fraction du prix restant dû, cette rupture ne [pouvant] donner lieu qu'à des dommages-intérêts »<sup>674</sup>. L'arrêt pourrait bien suggérer à première vue que le maintien forcé du contrat demeure à la discrétion du juge. Les motifs avancés invitent toutefois à la prudence. En effet, la référence faite à l'exécution de la convention est importante. Elle semble indiquer que le débiteur évincé ne peut exiger le paiement de l'obligation souscrite dans son intégralité que s'il continue lui-même à exécuter la prestation à laquelle il s'était engagé. Au cas

---

<sup>671</sup> Pour un tel recensement, v. Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », art. préc., p. 76 ; J. MESTRE, « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, p. 102.

<sup>672</sup> Com., 22 octobre 1996, Bull. IV, n° 260, RTD civ. 1997, p. 123, obs. J. MESTRE, D. 1997, p. 286, obs. P. JOURDAIN et Lyon, 13 février 2003, cité par Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 76.

<sup>673</sup> Nous nous appuyons ici sur le résumé qu'en a fait Ph. STOFFEL-MUNCK, *ibid.*

<sup>674</sup> Reprenant ainsi le raisonnement tenu par la Cour de cassation dans son arrêt préc. du 22 octobre 1996.

contraire<sup>675</sup>, il ne peut obtenir que des dommages-intérêts dont le montant correspondra au préjudice subi et non pas à l'intégralité des sommes qu'il aurait été en droit de percevoir si le contrat avait été conduit jusqu'à son terme. En définitive donc, il nous semble que cet arrêt atteste moins de la réticence des juges français à ordonner le maintien forcé du contrat que de la façon dont ces derniers calculent les dommages-intérêts en cas de résolution unilatérale illicite<sup>676</sup>.

Les projets de réforme du droit français des contrats témoignent eux plus clairement de la volonté de conférer au juge le pouvoir d'apprécier l'opportunité d'ordonner le maintien forcé du contrat. Les rédacteurs de l'avant-projet Terré ont fait observer à cet effet que « la décision finale [serait] laissée au juge entre le constat de la résolution ou l'exécution du contrat, considérant qu'il sera suffisamment sage pour ne pas ordonner une exécution inopportune plusieurs années plus tard »<sup>677</sup>. A suivre l'analyse, le juge serait donc le véritable maître du choix de la sanction, ce qui tranche quelque peu avec l'approche remédiale adoptée par ces projets, qui implique que c'est aux parties de choisir le remède le plus approprié à leur situation. En effet, tout porte à croire que le juge ne se contentera pas de vérifier si le maintien forcé demandé par le débiteur est encore possible (compétence liée) mais qu'il appréciera l'opportunité de l'ordonner, ce dont atteste par ailleurs la faculté qui lui est reconnue d'accorder au débiteur un délai de grâce par la même occasion.

Il n'est pas étonnant que dans ce contexte, on ait pu souligner, là encore, tout l'intérêt que pourraient avoir les parties de lier par avance le juge en organisant conventionnellement cette sanction (« clause de maintien forcé du contrat »)<sup>678</sup>. Et au fond, si certains auteurs se disent favorables à l'idée d'inscrire la sanction du maintien forcé dans le code, c'est moins pour autoriser le juge à l'ordonner que pour le contraindre à la prononcer<sup>679</sup>.

---

<sup>675</sup> Deux situations sont envisageables ici : soit le débiteur évincé ne *veut* plus exécuter sa propre prestation, soit il ne *peut* plus y procéder, celle-ci étant devenue impossible. A ce titre justement, Ph. STOFFEL-MUNCK, art. préc., p. 76, note 42, relève que l'entreprise de nettoyage ne pouvait apparemment plus exécuter les travaux de nettoyage qui étaient l'objet du contrat, ceux-ci ayant sans doute été réalisés par un tiers.

<sup>676</sup> Il y va ici de l'étendue de la réparation et plus précisément de la question de savoir si les dommages-intérêts doivent être le reflet ou non de l'exécution forcée en nature : pour une telle interrogation, dans un contexte autre que le contentieux de la résolution unilatérale irrégulière, v. Th. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », RDC 2012, p. 773.

<sup>677</sup> C. AUBERT DE VINCELLES, « La résolution du contrat pour inexécution », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, op. cit., p. 272.

<sup>678</sup> L'opportunité d'une telle clause est envisagée par J. MESTRE : v. « Rupture abusive et maintien du contrat », art. préc., p. 106 et « Le juge peut-il imposer une relation contractuelle à titre de réparation ? », art. préc., p. 307.

<sup>679</sup> Ainsi, dans son article intitulé « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, p. 99 et s., spéc. p. 105, J. MESTRE avoue être en faveur d'un « droit général du créancier au maintien du contrat irrégulièrement ou abusivement rompu » et observe à ce titre : « A la limite, et de même que l'article 1184 du Code civil indique

**674.** Ceci étant dit, ce qui démarque véritablement le juge français de ses homologues étrangers, c'est son pouvoir d'accorder un délai de grâce *a posteriori*. Non seulement, ce pouvoir est laissé à son entière discrétion, ce qui ne fait qu'accentuer l'état d'incertitude dans lequel se trouvent les parties quant au sort du contrat. Mais surtout, son exercice fait sortir le juge du rôle passif qui est normalement le sien dans un système de résolution unilatérale. Comme nous l'avons dit, le juge ne se contente pas ici de tirer les conséquences juridiques d'une résolution unilatérale injustifiée<sup>680</sup>. Il ne vient pas « consacrer un résultat déjà acquis » mais « créer une situation nouvelle » ; il intervient activement dans la convention. Si pouvoir exorbitant il y a, c'est bien celui-là. On renoue ici avec la logique de l'article 1184 C. civ. qui fait du juge le véritable maître du sort du contrat. Cette continuité témoigne de la difficulté qu'éprouvent les juristes français à passer du modèle de résolution judiciaire au modèle de résolution unilatérale<sup>681</sup>. On a le sentiment que la doctrine s'évertue à construire une résolution unilatérale « à la française », qui ne serait que le « décalque de la résolution judiciaire »<sup>682</sup>. Le rôle attribué au juge des référés dans le jeu de la résolution unilatérale est là aussi pour en témoigner : comme l'ont noté plusieurs auteurs, sa saisine permet quasiment un retour au droit commun de la résolution judiciaire du contrat<sup>683</sup>.

---

que, en cas d'inexécution, le créancier a le choix entre l'exécution du contrat et la résolution, nous serions assez favorable à l'idée qu'il soit indiqué, dans ce même Code, qu'en cas de rupture ou de non-renouvellement irrégulier ou abusif, le créancier a le choix entre le maintien du contrat et l'octroi de dommages-intérêts ».

<sup>680</sup> V. *supra*.

<sup>681</sup> Pour un même constat, v. Th. GENICON, th. préc., n° 629, qui observe : « En réalité, le spectre de l'article 1184 du Code civil continue de hanter les esprits qui, consciemment ou non, construisent la résolution unilatérale avec le souvenir de la résolution judiciaire ».

<sup>682</sup> Th. GENICON, *ibid.*

<sup>683</sup> V. Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, préc. : « Le recours au juge des référés permettrait ainsi le retour au droit commun de la résolution judiciaire du contrat » ; le même, « L'émergence contestée d'un principe de résolution unilatérale du contrat », note sous Nancy, 2<sup>e</sup> ch. com., 20 novembre 2000, préc. ; S. AMRANI-MEKKI, « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », art. préc., n° 36, p. 392.

### *b) Le maintien forcé du contrat par le juge des référés*

**675.** Les développements précédents ont montré que si rien ne s'oppose en théorie à ce que le juge puisse maintenir le contrat abusivement résolu, en pratique, il sera souvent difficile de remettre en cause le « fait accompli »<sup>684</sup>. En effet, entre le jour de la résolution et celui de la décision des juges du fond, un délai non négligeable peut s'écouler, rendant toute exécution illusoire<sup>685</sup>. Pour que l'action du débiteur soit efficace, la plupart des projets de réforme du droit français des contrats lui donnent la possibilité de saisir le juge des référés qui pourra ordonner le maintien provisoire du contrat<sup>686</sup>. La doctrine y voit un précieux instrument procédural destiné à éviter les éventuels coups de force de la part du créancier<sup>687</sup>. Plusieurs arrêts ont déjà admis cette possibilité<sup>688</sup>. Compétence est donc reconnue au juge des référés pour « suspendre » la résolution unilatérale<sup>689</sup>, pour « paralyser » son effet en ordonnant le maintien du contrat<sup>690</sup>. Ces termes révèlent à eux seuls un certain pouvoir d'immixtion du juge qui vient tempérer l'effectivité du droit de résolution mis en œuvre par le créancier. On notera à cet égard que le juge des référés est même allé jusqu'à ordonner la poursuite d'un contrat *régulièrement* résilié<sup>691</sup> ! Ici, le juge des référés s'instaure en véritable arbitre (maître) de la résolution du contrat.

<sup>684</sup> V. en ce sens également H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *GAJC*, t. 2, n° 180, p. 276.

<sup>685</sup> S. AMRANI-MEKKI, art. préc., n° 33, p. 390.

<sup>686</sup> V. l'art. 110 al. 3 de l'avant-projet TERRÉ ; l'art. 168 al. 3 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (première version de juillet 2008) ; l'art. 134 al. 4 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (dernière version du 23 octobre 2013).

<sup>687</sup> V. Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, préc.

<sup>688</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, Bull. I, n° 286, D. 2001, p. 256, note Ch. JAMIN et M. BILLIAU, p. 1137, obs. D. MAZEAUD, *RTD civ.* 2001, p. 135, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, inédit, *RTD civ.* 2001, p. 590, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Aix, 1<sup>re</sup> ch. B, 22 janvier 2004, *RTD civ.* 2004, p. 731, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Paris, 28 janvier 2009, *RTD civ.* 2009, p. 529, obs. B. FAGES ; Com., 10 novembre 2009, n° 08-18.337, *Juris-Data* n° 2009-050283, *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 93, note N. MATHEY ; Com., 3 mai 2012, n° 10-28.366, *JCP* 2012, n° 26, 764, note F. BUY, *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. 173, note N. MATHEY ; Com., 29 janvier 2013, *RDC* 2013, p. 907, obs. O. DESHAYES.

<sup>689</sup> V. C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 1005.

<sup>690</sup> V. G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat, op. cit.*, p. 19.

<sup>691</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, préc. En l'espèce, l'assureur de responsabilité civile d'un prestataire informatique avait régulièrement dénoncé le contrat d'assurance, dans les formes et délais convenus. Cette rupture laissait sans garantie cette société informatique contre le bogue de l'an 2000. Le juge des référés a ordonné, à titre de mesure conservatoire, la poursuite des effets du contrat jusqu'à ce que la société informatique ait pu conclure un nouveau contrat d'assurance. La Cour de cassation a approuvé ici la décision tout en introduisant une limite au pouvoir du juge : ce dernier doit fixer un terme certain à la mesure prononcée. Contrairement à la première chambre civile, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble opposée à une telle solution. Dans son arrêt Com., 28 novembre 2006, n° 04-20734, *RTD civ.* 2007, p. 345, obs. J. MESTRE et B. FAGES, elle a reproché à la cour d'appel d'avoir ordonné la poursuite des relations contractuelles entre deux sociétés, alors qu'elle avait relevé que le contrat en question avait été régulièrement résilié par l'une d'entre elles.

Pour les auteurs français, ce dispositif a surtout l'avantage de renverser à nouveau le rapport de force entre les parties<sup>692</sup>. En effet, grâce à l'intervention du juge des référés, le contrat est maintenu et si le créancier souhaite toujours le rompre, il devra aller devant le juge du fond. Il y a donc un retour au principe de la résolution judiciaire<sup>693</sup> ! Du moins en termes d'initiative procédurale. En effet, dans l'hypothèse où la résolution déclarée par le créancier s'avérerait fondée, on peut supposer que le juge du fond n'aurait vocation qu'à la constater et non à la prononcer lui-même<sup>694</sup>. Ce qui est certain en tout cas, c'est que cette procédure de référé vient rallonger le processus de la résolution. Et c'est bien pour cette raison que le dispositif français est vu d'un mauvais œil à l'étranger où l'on rappelle que la *ratio* du droit de résolution (unilatérale) est précisément de permettre au créancier de recouvrer rapidement ses moyens économiques<sup>695</sup>.

**676.** En France, on reconnaît que le maintien provisoire du contrat ne devrait pas être admis trop facilement, sauf à remettre en cause le principe même de la résolution unilatérale<sup>696</sup>.

Deux facteurs essentiels jouent un rôle déterminant à ce niveau : le moment auquel le juge des référés est appelé à intervenir et le fondement de son intervention<sup>697</sup>.

**677.** Pour ce qui est du moment de l'intervention du juge des référés, deux alternatives se dégagent des projets de réforme français : on peut limiter sa saisine à une période antérieure à la résolution, c'est-à-dire pendant la mise en demeure s'il en

<sup>692</sup> V. en particulier S. AMRANI-MEKKI, art. préc., n° 36, p. 392.

<sup>693</sup> Pour un tel constat, v. également G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », art. préc., p. 19.

<sup>694</sup> Certaines analyses peuvent jeter un doute sur la question. Ainsi, très tôt, Christophe JAMIN a-t-il suggéré que l'on permette au juge des référés d'ordonner le maintien du contrat jusqu'au *prononcé* de sa résolution par le juge du fond (nous soulignons) : v. D. 2001, p. 1568 et s. Dans le même esprit et de façon plus générale, le *Lamy Droit du Contrat* 2013, n° 462-65 enseigne que « les juges du fond peuvent avaliser la rupture [unilatérale], et même, pour la conforter, prononcer une résolution judiciaire ». L'ouvrage se fonde ici sur une seule décision : Com., 3 mai 2012, Bull. IV, n° 86, RTD civ. 2012, p. 527, obs. B. FAGES, qui nous semble, cependant, plutôt attester du rôle « passif » des juges du fond en l'espèce puisque ces derniers se sont contentés de « constater » la résolution du contrat, justifiée par la gravité des manquements de l'une des parties contractuelles.

<sup>695</sup> Très critique sur ce point : Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, op. cit., p. 215 : « Die rasche Wiedererlangung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Gläubigers als *ratio* des Rücktrittsrechts wird nicht erreicht, wenn der Schuldner das Verfahren in die Länge ziehen kann ».

<sup>696</sup> V. en particulier G. LARDEUX, *ibid.* ; C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., spéc., n° 1012 et s.

<sup>697</sup> Sur ces deux aspects, v. Ph. NEISS, « Le juge des référés et la résolution du contrat », PA 18 novembre 2010, p. 6 et s.



existe une, ou admettre celle-ci plus largement, même une fois la résolution prononcée par le créancier. La première version de l'avant-projet de réforme gouvernemental a opté pour la première alternative<sup>698</sup>, l'avant-projet Terré pour la seconde<sup>699</sup>. La première solution avait été préconisée par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris au motif qu'elle serait plus respectueuse du principe de la résolution unilatérale. En effet, la résolution n'étant pas encore prononcée, le juge des référés pourrait intervenir utilement pour venir en aide aux parties en proie à des difficultés, en ordonnant l'exécution du contrat, et en accordant éventuellement un délai au débiteur (par exemple, si la gravité du manquement ne justifie pas une résolution)<sup>700</sup>. Ici, l'intervention du juge des référés vient empêcher le créancier de déclarer la résolution du contrat, du moins provisoirement. Le droit de résolution du créancier est plus directement mis en cause si l'on permet au juge des référés d'ordonner le maintien (provisoire) du contrat une fois la résolution notifiée au débiteur. Dans ce cas en effet, le juge des référés fait revivre le contrat et le maintient artificiellement en vie jusqu'à la décision des juges du fond<sup>701</sup>. La décision unilatérale du créancier est ici tenue en échec par le juge du provisoire. C'est cette seconde voie qui a été empruntée par la jurisprudence, ce qui confère une importance accrue à la question du fondement des pouvoirs du juge des référés.

**678.** La plupart des ordonnances ayant décidé le maintien provisoire du contrat ont été rendues sur le fondement de l'article 809 CPC ou son pendant commercial, l'article 873. Les articles respectifs donnent compétence au président du tribunal « même en présence d'une contestation sérieuse, [pour] prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ». Un débat doctrinal s'est instauré sur la portée de ces dispositions, plus spécialement sur le point de savoir si l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'une contestation sérieuse conditionnent la compétence du juge des référés pour prévenir un dommage imminent, ou si, au contraire, celui-ci est compétent pour intervenir du

---

<sup>698</sup> V. l'art. 168 al. 3 de l'avant-projet de la CHANCELLERIE (version de juillet 2008) : « Le débiteur peut pendant le délai de la mise en demeure saisir le juge des référés pour contester la résolution. Cette procédure suspend la résolution ».

<sup>699</sup> V. l'art. 110 al. 3 de l'avant-projet TERRÉ : « Le débiteur peut, à tout moment, contester la résolution, le cas échéant, en référé ».

<sup>700</sup> D. KLING, « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'avant-projet "Catala" et propositions d'amendements », Rapport préc., p. 95.

<sup>701</sup> Ph. NEISS, « Le juge des référés et la résolution du contrat », art. préc., p. 7.

seul fait de l'imminence et de la gravité d'un dommage<sup>702</sup>. Le débat a une incidence pratique importante : si l'on admet que le juge des référés peut intervenir et ordonner le maintien provisoire du contrat du seul fait d'un dommage imminent, le principe de la résolution unilatérale en ressort fortement affaibli car toute rupture unilatérale est susceptible de causer un dommage imminent à la partie qui la subit, même lorsqu'elle est justifiée par les manquements de cette dernière. En théorie, le débiteur pourrait donc contrecarrer quasi systématiquement la résolution unilatérale mise en œuvre par le créancier. Conscients de ce risque, certains auteurs exigent ainsi que l'intervention du juge des référés soit conditionnée par l'existence d'une contestation sérieuse sur la licéité de la résolution<sup>703</sup>. Cela revient à exiger du débiteur qu'il avance des éléments prouvant que la régularité de la rupture fait défaut. Mais même dans ce cas de figure, il est porté un coup sérieux au droit de résolution du créancier. Comme l'a fait remarquer fort subtilement un auteur, la résolution unilatérale ne pourra éviter d'être remise en cause par le maintien judiciaire du contrat que si le créancier prouve que tant l'inexécution elle-même que son caractère essentiel sont évidents. Seules alors des hypothèses d'inexécution particulièrement grave permettront à la résolution unilatérale d'être efficace<sup>704</sup>. Ces considérations pourraient donner raison, en définitive, aux auteurs qui estiment que le seuil du manquement exigé pour la résolution unilatérale est forcément plus élevé que celui qui est requis en matière de résolution judiciaire<sup>705</sup>. Dans ce cas, il faudrait reconnaître que la résolution unilatérale n'a vocation à occuper qu'une place résiduelle par rapport à la résolution judiciaire<sup>706</sup>. Ce qui n'est pourtant pas l'objectif poursuivi par les divers projets de réforme français qui veulent placer sur un pied d'égalité les deux modes de résolution<sup>707</sup>. La jurisprudence quant à elle, témoigne d'une conception relativement extensive de la compétence du juge des référés. Ce dernier se fonde tantôt sur le (seul) dommage imminent<sup>708</sup>, tantôt sur le trouble manifestement illicite<sup>709</sup>. Dans

---

<sup>702</sup> Ch. BOURGEON, « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », RDC 2005, p. 110. Sur ce débat, v. également C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 1013 et s. ; Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, préc. (avec d'autres références).

<sup>703</sup> V. en ce sens par ex. Ch. JAMIN, « L'admission d'un principe de résolution unilatérale du contrat indépendant de sa durée », art. préc., qui propose même de fonder les pouvoirs du juge des référés sur les articles 808 ou 872 CPC, c'est-à-dire sur l'« existence d'un différend » ; C. POPINEAU-DEHAULLON, th. préc., n° 1013 et s. (avec d'autres références).

<sup>704</sup> G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », art. préc., p. 19.

<sup>705</sup> C'est la conclusion qu'en tire en tout cas G. LARDEUX, préc.

<sup>706</sup> V. supra.

<sup>707</sup> Cette contradiction est relevée fort justement par G. LARDEUX, *ibid.*

<sup>708</sup> V. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, préc. ; Com., 3 mai 2012, n° 10-28.366, préc. ; et les arrêts cités par Ch. BOURGEON en matière de contrats de distribution.

l'ensemble, cette jurisprudence est favorablement accueillie par la doctrine et l'on en devine aisément les raisons : le maintien provisoire du contrat répond à l'objectif de stabilité du contrat<sup>710</sup> et permet surtout de renouer avec la conception française de la force obligatoire du contrat<sup>711</sup>.

---

<sup>709</sup> V. notamment Civ. 1<sup>re</sup>, 29 mai 2001, inédit, préc. ; Aix, 1<sup>re</sup> ch. B, 22 janvier 2004, préc. ; Paris, 28 janvier 2009, préc. ; Com., 10 novembre 2009, n° 08-18.337, Juris-Data n° 2009-050283, préc. Au vu de la jurisprudence citée, il semble que ce fondement soit invoqué plus fréquemment que celui du dommage imminent.

<sup>710</sup> Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le juge et la stabilité du contrat », art. préc., p. 142.

<sup>711</sup> V. parmi d'autres G. LARDEUX, « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », art. préc., p. 19 et s.

## CONCLUSION DU TITRE TROISIÈME

**679.** Arrivés au terme de cette analyse sur les pouvoirs du juge dans la résolution pour inexécution, il convient de répondre enfin à la question de savoir s'il existe entre la résolution judiciaire et la résolution unilatérale sous contrôle judiciaire une vraie différence de fond ou plutôt une simple querelle de mots.

Nous avons déjà dit que tout dépendait du modèle de résolution judiciaire retenu pour la comparaison.

Si l'on prend en considération le modèle français de la résolution judiciaire, tel qu'il découle de l'actuel article 1184 C. civ., la différence avec la résolution unilatérale apparaît importante. En effet, dans un cas, la résolution constitue une prérogative du juge, dans l'autre une prérogative du créancier. Si bien qu'en passant d'un modèle à l'autre, le rôle du juge connaît une transformation substantielle : il perd la maîtrise de la sanction au profit du créancier, du moins en théorie.

Il en va autrement lorsqu'on prend en considération le second modèle de résolution judiciaire qui repose, pour sa part, sur un véritable droit du créancier à la résolution. Ici, la différence avec la résolution unilatérale est beaucoup plus ténue : dans les deux cas, la résolution est de droit. Le rôle du juge se limite en principe à vérifier que les conditions de la résolution sont réunies, sauf à remarquer que dans un cas, il *prononce* la résolution tandis que dans l'autre, il la *constate* simplement. Aussi, la principale différence entre ces deux modèles réside-t-elle dans le moment auquel opère le contrôle judiciaire : il se fait tantôt en amont (*a priori*), tantôt en aval (*a posteriori*)<sup>712</sup>.

Cette différence n'est toutefois pas aussi négligeable qu'on pourrait le croire. Pour les parties, elle signifie un renversement de leur rôle : en cas de résolution judiciaire, il appartient au créancier de saisir préalablement le juge pour obtenir la résolution du contrat alors qu'en cas de résolution unilatérale, c'est au débiteur qu'il incombe de saisir le juge pour la contester, et qui supporte donc la charge du procès.

---

<sup>712</sup> V. en ce sens E. BÖTTICHER, « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsrecht », art. préc., p. 58.

Pour le juge, elle signifie le passage d'un contrôle judiciaire systématique et nécessaire à un contrôle judiciaire facultatif.

Certains ont tenté de minimiser cette différence. On a soutenu que le système allemand de résolution unilatérale avait rendu l'intervention des tribunaux peut-être aussi fréquente qu'en droit français. Et cela pour contrôler l'existence des conditions légales, ainsi que pour éviter les abus éventuels de la part du créancier<sup>713</sup>. Dans ce cas, il y aurait effectivement plus une querelle de mots qu'une querelle de fond entre le droit allemand, où le contrôle du juge s'effectue *a posteriori*, et le droit français, où celui-ci s'effectue *a priori*.

Or, on peut ne pas partager cette analyse. Comme l'a montré un auteur, chiffres à l'appui, là où les frais de justice sont élevés, comme en matière civile, où le débiteur demandeur doit payer des acomptes sur les frais du tribunal au moment où il introduit sa demande en justice, et supporter l'ensemble des dépens s'il perd le litige, il s'avère que le juge est très rarement saisi, si bien qu'il ne se prononce que dans une toute petite fraction de cas de résolution d'un contrat<sup>714</sup>.

D'autant plus que le droit allemand a adopté un modèle de résolution unilatérale rigide et sûr pour le créancier : la résolution dépend essentiellement d'une formalité procédurale (*Nachfrist*). Les projets de droit européen des contrats ont adopté pour leur part un modèle plus souple mais plus fragile pour le titulaire du droit de résolution unilatérale, qui devra prouver l'existence d'une inexécution « essentielle ». Cette condition est plus sujette à contentieux et pourrait avoir un impact sur la fréquence de la saisine du juge *a posteriori*. Tout dépend là aussi du modèle de résolution unilatérale envisagé.

C'est ce second modèle qu'ont choisi les projets français de réforme du droit des contrats. *A priori*, on pourrait s'étonner de ce choix, tant l'exigence procédurale

---

<sup>713</sup> V. L.-J. CONSTANTINESCO, th. préc., n° 185, p. 319 : « (...) non seulement le système allemand [avec sa résolution extrajudiciaire] n'a pas réussi à éliminer l'intervention des tribunaux mais il l'a rendue peut-être aussi fréquente qu'en droit français ».

<sup>714</sup> V. la belle analyse de G. MÄSCH, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », art. préc., qui conclut que « le rôle du juge allemand dans la résolution du contrat pour inexécution est dès lors minime ». Comme le relève l'auteur, l'acompte sur les frais du tribunal (v. le § 12 Gerichtskostengesetz) est relativement élevé en Allemagne : par ex., si la valeur litigieuse est de 600 euros seulement, l'acompte à payer s'élève à 105 euros, soit 17,5%. L'auteur fait remarquer que dans les matières où aucun acompte n'est demandé et où la partie demanderesse ne doit pas supporter les frais entiers de justice si elle perd le litige, comme en matière prud'homale, la contestation devant le juge constitue, à l'inverse, la norme (cas des licenciements). Si bien qu'en pratique, le rôle du juge allemand se rapproche effectivement de celui du juge français.

allemande de la *Nachfrist* entend satisfaire le principe de la force obligatoire du contrat et protéger le débiteur auquel il est accordé ainsi une dernière chance, autant de considérations qui sont mises en avant communément par la doctrine française pour légitimer le caractère judiciaire de la résolution. A la réflexion toutefois, le choix d'un critère souple pour la mise en œuvre de la résolution unilatérale ne doit pas étonner. Les juristes français, fort attachés encore à la logique traditionnelle de l'article 1184 al. 3 C. civ., ne sont nullement hostiles à ce que l'ombre tutélaire du juge continue de planer sur la résolution unilatérale<sup>715</sup>. Ici, le passage de la résolution judiciaire à la résolution unilatérale pourrait bien s'avérer plus théorique que réel.

---

<sup>715</sup> Th. GENICON, th. préc., p. 492. D'aucuns considèrent que « le relatif effacement de la résolution judiciaire n'est concevable que s'il ne s'accompagne pas d'un sensible déclin du pouvoir du juge ».

## CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

**680.** L'approche du juge varie considérablement d'un système à l'autre, ses pouvoirs s'exerçant selon des politiques juridiques variées et selon des modalités diverses.

La terminologie utilisée pour qualifier les diverses suites de l'inexécution du contrat témoigne de différences profondes dans l'appréhension de cette matière et du rôle dévolu au juge par la même occasion.

On ne révélera rien de nouveau en affirmant que le juge français est celui qui dispose des plus larges pouvoirs dans les suites de l'inexécution. Comme chacun le sait, l'inexécution du contrat donne lieu à des sanctions qui sont placées entre les mains du juge. Celui-ci fait souvent bien plus que prononcer la sanction. Généralement, il est doté du libre choix de celle-ci en ce sens qu'il n'est pas lié par la demande du créancier. Autrement dit, c'est en droit français que la part du « pouvoir discrétionnaire » du juge, tel que nous l'avons défini dans la première partie, est la plus grande.

Le délai de grâce et la résolution pour inexécution constituent les manifestations les plus nettes de ce pouvoir discrétionnaire du juge. Parmi les suites de l'inexécution, l'exécution forcée en nature fait figure d'exception. La doctrine aimerait en effet que le juge exerce ici un « pouvoir lié ». Si certains arrêts vont bien dans ce sens, les juges français conservent néanmoins un certain pouvoir de direction de la sanction en jouant sur la frontière (incertaine) entre exécution en nature et réparation en nature. Preuve en est qu'il est difficile de couper court à tout pouvoir d'appréciation du juge en droit français.

Ce qui est plus étonnant, c'est que les projets de réforme français sont enclins à conférer au juge une grande liberté, pour ne pas dire un pouvoir discrétionnaire, pour venir réviser le contrat en cas d'imprévision. Les textes français se contentent de donner de « simples idées directrices », laissant ainsi un large pouvoir d'appréciation

au juge. Lorsqu'on connaît l'hostilité des juristes français à l'égard de tout pouvoir d'immixtion du juge dans le contrat, ce parti pris à de quoi surprendre.

L'adoption de l'approche « remédiale » par certains projets de réforme ne conduit pas toujours d'ailleurs à l'éviction du pouvoir d'appréciation du juge. D'une part, parce que le juge n'est pas automatiquement dépossédé de ses pouvoirs lorsqu'une prérogative de sanction est attribuée au créancier. La résolution et le délai d'exécution sont exemplaires à ce titre. D'autre part, parce que l'on a tendance à vouloir doter le juge des mêmes pouvoirs, qu'il intervienne en amont ou en aval.

Le droit allemand fait preuve d'une logique inverse. Le BGB confère au créancier des remèdes en cas de troubles dans l'exécution, et plus fondamentalement de véritables droits subjectifs. L'analyse des diverses suites de l'inexécution du contrat et de leur régime vient confirmer l'idée que le droit subjectif constitue la pierre angulaire de l'ensemble du système juridique allemand. Par là-même, le juge est réduit à un rôle passif : il est institué pour faire avoir aux parties ce qu'elles sont en droit d'obtenir. En principe donc, il exerce une « compétence liée ».

C'est le cas en matière d'exécution forcée en nature. Le droit du créancier d'obtenir l'objet même de la prestation promise n'est écarté que dans des cas strictement limités qui sont interprétés restrictivement par la jurisprudence. Contrairement à ce qui est parfois soutenu en France, le juge n'exerce en la matière aucun pouvoir discrétionnaire, celui-ci n'ayant nullement le pouvoir d'apprécier le caractère adéquat de la mesure.

L'importance de l'approche « subjectiviste » allemande se mesure également à l'aune de la révision pour imprévision. L'adaptation du contrat, même si elle se fait avec le concours du juge, n'en constitue pas moins une « prétention » (*Anspruch*) de la partie défavorisée par la « disparition du fondement contractuel ».

Le droit allemand est celui qui confère également le plus de « droits formateurs » (*Gestaltungsrechte*), c'est-à-dire de remèdes extrajudiciaires. C'est ainsi que la résolution du contrat et sa « réfaction », dénommée réduction (*Minderung*), sont placées entre les mains du créancier. Cette « subjectivation de l'exécution », comme elle est nommée en France<sup>716</sup>, ne conduit nullement à une désolidarisation des

---

<sup>716</sup> V. J. ROCHFELD, « Remarques sur les propositions relatives à l'exécution et à l'inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l'exécution », RDC 2006, p. 122 et s.



parties<sup>717</sup>. Pour pouvoir exercer ses droits dits secondaires, tels que les dommages-intérêts, la résolution ou la réduction du prix, le créancier est tenu d'impartir un délai d'exécution (*Nachfrist*) au débiteur défaillant.

Lorsque le juge est appelé à intervenir *a posteriori*, il exerce en règle générale un pouvoir d'appréciation limité.

En somme, c'est en droit allemand que l'énergie et la valeur des droits subjectifs est la plus forte et où les pouvoirs du juge sont les plus restreints.

---

<sup>717</sup> Comp. R. LIBCHABER, obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, Defrénois 2004, p. 378.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

**681.** La détermination de réduire le juge à l'accomplissement d'actes auxquels sa volonté ne participera pas avait été affirmée avec force par les hommes de la Révolution car, parmi tous les dogmes dont ils ont laissé l'héritage, figurait en bonne place la hantise des abus de pouvoir spécialement du fait de l'autorité judiciaire<sup>1</sup>. Tel est le point de départ commun aux systèmes juridiques français et allemand. Aujourd'hui encore, les juristes allemands sont très réticents à employer l'expression de « pouvoir » du juge (*Richtermacht*), si ce n'est pour dénoncer certaines dérives.

Le concept qui traduit le mieux l'existence d'une volonté propre, autonome du juge, est celui du pouvoir discrétionnaire. Il s'entend du pouvoir donné au juge de choisir entre deux ou plusieurs décisions également conformes à la légalité, selon des considérations d'opportunité. Le critère du libre choix est au cœur de la notion de pouvoir discrétionnaire du juge.

**682.** C'est ce concept qui est utilisé à l'échelle supranationale pour appréhender les pouvoirs du juge, le plus souvent sous sa dénomination anglaise « Judicial discretion ».

La notion de pouvoir discrétionnaire constitue un bon indicateur de l'étendue du pouvoir d'appréciation détenu par le juge dans les systèmes juridiques respectifs.

Il est des hypothèses qui tombent indéniablement sous ce concept, qui en constituent l'exemple-type. C'est le cas de la plupart des sanctions judiciaires de l'inexécution du contrat du droit français. En cas d'inexécution, le juge français a le choix de prononcer ou non la résolution du contrat ; il a le pouvoir d'accorder ou non un délai de grâce au débiteur défaillant. Ce pouvoir discrétionnaire, dévolu au juge pour déterminer la sanction adéquate, est en même temps un trait caractéristique du

---

<sup>1</sup> M. BELLAMY, « Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès », JCP 1973, I, 2522.

modèle contractuel français. L'infléchissement du rapport contractuel qui résulte de l'inexécution vient légitimer en quelque sorte le fossé pouvant exister entre la proclamation initiale des droits lors de la création du contrat et leur réalisation effective dans le contexte d'un manquement<sup>2</sup>. Le système allemand procède ici d'une toute autre logique : tous les remèdes à l'inexécution du contrat, qu'ils soient judiciaires ou non, sont conçus en termes de droit subjectif du créancier. Comme nous l'avons vu, la « prétention » (*Anspruch*), le « droit formateur » (*Gestaltungsrecht*) et l'« action formatrice » (*Gestaltungsklagerecht*) sont fonctionnellement équivalents. Le juge en est réduit à un rôle minime.

D'autres hypothèses sont plus difficiles à qualifier. Ainsi le cas où le juge est amené à faire application d'une notion-cadre ou d'une clause générale. Cette fois, il s'agit de techniques qui font la marque du modèle (contractuel) allemand, encore que le droit français ait pu participer à leur essor. Il est indéniable que ces notions juridiques indéterminées viennent élargir la liberté d'appréciation du juge. La question est de savoir si elles vont jusqu'à conférer au juge un pouvoir discrétionnaire, en ce sens qu'elles l'autoriseraient à rendre une décision en toute liberté, selon des considérations d'opportunité. Sur ce point, les opinions divergent fortement. Les juristes français considèrent généralement que la norme textuelle peu déterminée ouvre la voie au pouvoir discrétionnaire du juge, si ce n'est à son arbitraire. Si l'on écarte le critère du contrôle de la décision du juge du fond, qui est, en règle générale, qualifiée de « souveraine » par la Cour de cassation, la qualification retenue est liée à l'idée que le maniement par le juge de ces notions n'obéit à aucune méthode, aucune logique. Les juristes allemands, quant à eux, opèrent une distinction stricte entre le concept de notion juridique indéterminée (*unbestimmter Rechtsbegriff*) et le pouvoir discrétionnaire du juge (*richterliches Ermessen*). Ils estiment qu'en présence d'une notion indéterminée, une seule solution est juridiquement possible, le juge disposant ici tout au plus d'une (simple) « marge d'appréciation » (*Beurteilungsspielraum*). Le terme « marge » traduit bien à la fois l'idée de latitude et de mesure ou d'encadrement, le jeu accordé n'étant pas illimité.

---

<sup>2</sup> V. Th. GENICON, th. préc., n° 423.

**683.** Les réponses diverses apportées à cette question fondamentale expliquent certains malentendus. En particulier, la thèse défendue par les juristes français peut conduire à minimiser les différences qui existent entre les deux systèmes. Prenons l'exemple de la résolution unilatérale qui s'appuie bien souvent sur une notion floue, celle d'inexécution « essentielle ». A suivre l'analyse française, en cas de contentieux, la résolution dépendrait de la décision discrétionnaire du juge. Autrement dit, le juge serait le libre arbitre du sort du contrat, comme en matière de résolution judiciaire fondée sur l'article 1184 C. civ. On peut ne pas partager ce point de vue. La grille de lecture allemande invite à dissocier plus nettement les différents degrés que peut revêtir le pouvoir d'appréciation du juge. Pour revenir sur l'exemple de la résolution unilatérale pour inexécution, le juriste allemand considérera pour sa part que la notion indéterminée ne confère pas au juge le pouvoir de décider du sort du contrat selon des considérations d'opportunité mais que ce dernier sera amené à interpréter et à concrétiser cette notion au cas particulier, en suivant un raisonnement juridique. Au fur et à mesure de son application, la « marge d'appréciation » du juge rétrécira.

Cette grille de lecture allemande peut apparaître à certains égards trop théorique et trop complexe, mais dans l'ensemble, elle s'avère utile pour déterminer l'étendue exacte des pouvoirs du juge dans les suites de l'inexécution. Encore une fois, la notion allemande du « Beurteilungsspielraum » liée au concept des notions juridiques indéterminées fait figure d'intermédiaire entre le pouvoir discrétionnaire du juge, qui est la forme la plus libre du pouvoir judiciaire, et le pouvoir « lié » du juge, qui renvoie à une application quasi-mécanique de la loi. Elle permet de donner un nom par exemple au pouvoir détenu par le juge qui fait face à une demande d'exécution forcée en nature. En effet, les rédacteurs des projets de droit européen des contrats insistent tous, dans leur commentaire, sur le fait que les exceptions apportées au droit du créancier à l'exécution en nature, formulées à l'aide de notions-cadre ou standards, ne confèrent pas un pouvoir discrétionnaire au juge sans qualifier davantage celui-ci.

**684.** En somme, la notion de pouvoir discrétionnaire du juge apparaît comme un instrument de mesure fort utile de l'étendue des pouvoirs du juge. La doctrine que cette notion a générée en Allemagne démontre ce qu'avait déjà constaté Gény, à savoir qu'en droit allemand, « le moindre paragraphe demande, pour être simplement expliqué, des développements considérables. En revanche, une fois en possession du contenu plein des prescriptions légales, on se sent établi sur un terrain très ferme qui donne à l'activité pratique une sécurité presque absolue »<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> F. GÉNY, « La Technique législative dans la Codification civile moderne », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. II, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 1035.

## DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG

---

### A) Kurzübersicht (« Sommaire »)

(Zum detaillierten Inhaltsverzeichnis in französischer Sprache siehe „Table des matières“)

## **Richterliches Ermessen im Leistungsstörungenrecht. Ein deutsch-französischer Rechtsvergleich**

### **Erster Teil**

#### **Der richterliche Ermessensbegriff**

Vorkapitel - Die Bestimmung eines Definitionskriteriums

#### **1. Titel - Die Schwankungen in der Terminologie des französischen Rechts**

Kapitel 1 - Die Assoziierung der unbestimmten Rechtsbegriffe mit dem richterlichen Ermessen

Kapitel 2 - Die Assoziierung der unbestimmten Rechtsbegriffe mit der richterlichen Willkür

#### **2. Titel - Der „Dualismus“ im deutschen Recht**

Kapitel 1 - Die strikte Trennung von richterlichem Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff: die Darstellung der Theorie

Kapitel 2 - Die Schwierigkeiten der Umsetzung des Dualismus: die Kritik des „Doktrinarismus“

## **Zweiter Teil**

### **Die richterlichen Befugnisse bei Leistungsstörungen**

Vorkapitel - Generelle Tendenzen

#### **1. Titel - Die Naturalerfüllung**

Kapitel 1 - Das Recht des Richters zur Anordnung der Naturalerfüllung

Kapitel 2 - Die Pflicht des Richters zur Anordnung der Naturalerfüllung

#### **2. Titel - Die Nach-/Gnadenfrist und die Anpassung des Vertrags**

Kapitel 1 - Der indirekte Eingriff in die Vertragsvereinbarung: die Nach-/Gnadenfrist

Kapitel 2 - Der direkte Eingriff in die Vertragsvereinbarung: die Anpassung des Vertrags

#### **3. Titel - Der Rücktritt vom Vertrag**

Kapitel 1 - Das Modell des richterlichen Rücktritts

Kapitel 2 - Das Modell des einseitigen Rücktritts

## **B) Thema und Problemkreise der Arbeit**

**685.** Der Titel der Arbeit „Richterliches Ermessen im Leistungsstörungsrecht“ könnte für den deutschen Juristen auf den ersten Blick befremdlich wirken: Bei Leistungsstörungen verleiht das deutsche Schuldrecht dem Gläubiger Rechtsbehelfe, die er weitestgehend in eigener Regie ausführen kann. Die Hauptrolle spielen die Parteien selbst und nicht der Richter. Für richterliches Ermessen scheint hier wenig Raum zu sein. Das ist in Frankreich anders: Die Rechtsbehelfe sind weitestgehend gerichtlicher Natur. Hier erhalten die Parteien durch die Klage allein noch keine Sicherheit. Denn das Gericht entscheidet oft nach seinem Ermessen, welche Folgen die Vertragsverletzung (*inexécution*) auslöst.

**686.** Gleichwohl wird von einigen deutschen Autoren behauptet, Ermessen sei faktisch überall dort, wo den Parteien oder dem Richter nicht mehr als eine allgemeine Formel zur Verfügung steht.<sup>1</sup> Auf diese Problematik hatte bereits Hoeniger im Jahr 1917 hingewiesen. In seiner Schrift „Riskante Ausübung. Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege“<sup>2</sup> zeigte er auf, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für Gestaltungsrechte oft unbestimmt und reine Werturteile seien. Dies ließ ihn zu dem Schluss kommen, dass es tatsächlich auf das eigene Werturteil des Rechtsausübenden gar nicht ankäme. Entscheidend sei vielmehr das Werturteil, das sich später ein Richter bilde. Ein solches Werturteil wäre ein Abwägen oder Messen innerhalb gewisser Grenzen, also in gewissem Sinne auch ein „Ermessen“.

**687.** Der Begriff des richterlichen Ermessens wird auch im internationalen und europäischen Diskurs verwendet. Häufig wird er in seiner englischen Form benutzt. Es ist die Rede von „Judicial discretion“<sup>3</sup> oder „Discretionary Power of the Judge“<sup>4</sup>. Der englische Begriff dient als gemeinsamer Nenner für einen gewissen richterlichen Freiraum.

---

<sup>1</sup> In diesem Sinne bezogen auf den Rücktritt A. FLESSNER, « Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung », ZEuP 1997, 270.

<sup>2</sup> H. HOENIGER, *Riskante Rechtsausübung. Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1917, 13 ff.

<sup>3</sup> Vgl. A. HARTKAMP, « Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands », 40 Am.J.Comp.L 1992, 551 ff.



**688.** In den verschiedenen Rechtskreisen wird jedoch dem Begriff des richterlichen Ermessens eine unterschiedliche Bedeutung beigemessen. Die Frage, in welchen Fällen richterliches Ermessen vorliegt, wird uneinheitlich beantwortet. Daraus folgen diverse, ungleiche Richterbilder.

**689.** Vor dem Hintergrund wird im Ersten Teil der Arbeit „Der richterliche Ermessenbegriff“ näher definiert. Es erfolgt ein deutsch-französischer Rechtsvergleich.

Daran anschließend werden im Zweiten Teil der Arbeit „Die richterlichen Befugnisse bei Leistungsstörungen“ unter dem besonderen Blickwinkel eines richterlichen Ermessens erörtert. Dies geschieht in Bezug auf die Naturalerfüllung, die „deutsche Nachfrist“ bzw. die „französische Gnadenfrist“, die Anpassung des Vertrages und den Rücktritt vom Vertrag. Es erfolgt auch hierzu ein deutsch-französischer Rechtsvergleich.

---

<sup>4</sup> Vgl. M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary Power of the Judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003.

### **C) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen der Arbeit**

**690.** Die richterlichen Befugnisse bei Leistungsstörungen könnten im französischen und deutschen Recht *de lege lata* nicht unterschiedlicher geordnet und geregelt sein.

Es besteht Uneinigkeit darüber, wann der Richter zu intervenieren hat und welche konkreten Befugnisse er in diesem Fall ausüben darf. Im französischen Recht soll der Richter die Befugnis haben, bei Vertragsverletzung eine „Sanktion“ (*sanction*) auszusprechen, jedoch kein (direktes) Eingriffsrecht in die Vertragsvereinbarung haben. Was für die Franzosen eine bloße Sanktion ist, ist jedoch für die Deutschen bereits ein Eingriffsrecht. Der richterliche Rücktritt zum Beispiel wird in Deutschland häufig als eine Form „richterlicher Einmischung“ empfunden.<sup>5</sup> Diese unterschiedlichen Sichtweisen werden auch beim Wegfall der Geschäftsgrundlage (*imprévision*) sehr deutlich. In Deutschland ist die Anpassung des Vertrages vorrangiger Rechtsbehelf, weil sie im Gegensatz zur Vertragsauflösung als ein geringerer Eingriff in die Privatautonomie gilt; in Frankreich ist es genau umgekehrt.

**691.** Auch die Erfassung des richterlichen Spielraums wird anders bewertet, obwohl beide Rechtssysteme von einer dienenden Rolle des Richters ausgehen, also einen gemeinsamen Ausgangspunkt haben. Die Wortführer der französischen Revolution von 1789 hatten sich mit großer Entschiedenheit dafür eingesetzt, den Richter auf Rechtsakte zu beschränken, auf deren Durchführung er keinen persönlichen Einfluss hat; denn von allen Dogmen, die sie als Erbe hinterlassen haben, stand an oberster Stelle die Angst vor dem Missbrauch der Macht, die vornehmlich von der Justiz ausgeht.<sup>6</sup> Heutzutage sträuben sich die deutschen Juristen noch dagegen, den Ausdruck der „Richtermacht“ (*pouvoirs du juge*) zu gebrauchen, es sei denn, um gewisse Missbräuche anzuprangern.

---

<sup>5</sup> Vgl. Ch. HATTENHAUER, *Einseitige private Rechtsgestaltung*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, 128.

<sup>6</sup> M. BELLAMY, « Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès », JCP 1973, I, 2522.

**692.** Der Begriff, der am besten die Existenz eines (richterlichen) Willensaktes ausdrückt, ist der des richterlichen Ermessens. Er bedeutet, dass der Richter zwischen mehreren möglichen Entscheidungen wählen kann. Das Kriterium der freien Wahl steht im Mittelpunkt des richterlichen Ermessensbegriffes. Uneinigkeit besteht darüber, in welchen Fällen der Richter ein Ermessen ausübt.

**693.** Es gibt Fälle, die unstreitig unter diesen Begriff fallen und sogar beispielhaft sind. Das trifft auf die meisten französischen gerichtlichen Rechtsbehelfe zu. Im Falle einer Vertragsverletzung hat der französische Richter die Wahl, den Vertrag aufzulösen oder nicht, es liegt in seinem Ermessen, dem säumigen Schuldner eine Gnadenfrist (*délai de grâce*) zu bewilligen oder nicht. Diese weiten Befugnisse, die der französische Richter besitzt, um die geeignete „Sanktion“ auszusprechen, ist gleichzeitig ein Wesenszug des französischen Vertragsmodells. Die Modifikation des Vertragsverhältnisses, die infolge der Vertragsverletzung entsteht, legitimiert gewissermaßen die „Kluft“ zwischen den ursprünglichen Rechtsansprüchen bei Vertragsabschluss und deren effektiven Gewährleistung im Falle einer Pflichtverletzung.<sup>7</sup>

**694.** Dem deutschen System liegt in diesem Falle eine andere Logik zugrunde: Alle Rechtsbehelfe bei Leistungsstörungen, seien sie gerichtlicher Natur oder nicht, werden als subjektive Rechte des Gläubigers verstanden. Wie im einzelnen im Rahmen dieser Arbeit herausgearbeitet und dargelegt wurde, sind Anspruch, Gestaltungsrecht und Gestaltungsklagerecht funktional gleichwertig. Dem Richter fällt eine wirklich dienende Rolle zu. Selbst im Falle einer Störung der Geschäftsgrundlage ist die richterliche Anpassung des Vertrages als Anspruch (der benachteiligten Partei) konstruiert (vgl. § 313 BGB) - was jedoch nicht bedeutet, dass der Richter nicht einen gewissen Spielraum hat. Dieser Spielraum resultiert aus den unbestimmten Rechtsbegriffen der jeweils betroffenen Rechtsnorm. Zum Teil ergibt sich dieser Spielraum auch aus sog. „Koppelungsvorschriften“, zum Beispiel bei der im Rahmen der Arbeit erörterten Vertragsstrafe nach § 343 Abs. 1 BGB.

---

<sup>7</sup> Vgl. Th. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, thèse Paris II, préf. L. LEVENEUR, Paris, LGDJ, 2007, Rn. 423.

Es sind jene Fälle, bei denen der Richter einen unbestimmten Rechtsbegriff und/oder eine Generalklausel anwenden soll, die schwieriger zu deuten sind. Hierbei geht es um Rechtstechniken, die dem deutschen Recht eigen sind, obgleich das französische Recht an ihrer Entwicklung mitgewirkt hat, wie im Rahmen der Arbeit aufgezeigt wurde. Es ist unumstritten, dass diese unbestimmten Rechtsbegriffe oder Generalklauseln dem Richter eine gewisse Freiheit gewähren. Die Frage ist, ob sie so weit gehen, dem Richter einen Ermessensspielraum einzuräumen, in dem Sinne, dass sie ihn nach Abwägung aller Umstände ermächtigen würden, eine freie Entscheidung zu treffen. Bei diesem Punkt gehen die Meinungen stark auseinander.

**695.** Die französische Lehre ist, wie in der Arbeit dargestellt wurde, der Meinung, dass die Unbestimmtheit der Rechtsnorm den Weg für das richterliche Ermessen ebnet, wenn nicht gar für seine Willkür. Sieht man von den Kontrollkriterien der Entscheidung des Tatrichters ab, die in der Regel vom Kassationshof als souverän bezeichnet wird, erklärt sich die französische Sichtweise daraus, dass man annimmt, der Gebrauch dieser Begriffe entspräche keiner Methode und keiner Logik.

**696.** Die deutsche herrschende Lehre hingegen macht einen klaren Unterschied zwischen unbestimmtem Rechtsbegriff und richterlichem Ermessen (sog. „Dualismus“). Sie ist, wie in der Arbeit aufgezeigt wurde, der Meinung, dass in Gegenwart eines unbestimmten Rechtsbegriffs nur eine einzige Lösung rechtens ist und der Richter bestenfalls nur über einen Beurteilungsspielraum verfügt. Der Begriff „Spielraum“ deutet zugleich auf Freiheit und Eingrenzung (Beschränkung) hin, die zugestandenen Möglichkeiten sind jedenfalls nicht unbegrenzt. Der unbestimmte Rechtsbegriff soll im Einzelfall vom Richter methodisch konkretisiert werden. Nach und nach wird sich bei der Anwendung des Begriffs der richterliche Spielraum des Richters verringern.

**697.** Die verschiedenen Antworten auf diese grundlegende Frage, ob dem Richter bei unbestimmten Rechtsbegriffen ein Ermessen zusteht, erklären manches Missverständnis. Insbesondere kann die von den französischen Juristen verfochtene These dazu führen, dass die zwischen beiden Rechtssystemen existierenden Unterschiede als geringfügig betrachtet werden.

**698.** Nehmen wir das Beispiel des einseitigen Rücktritts vom Vertrag, der sich oftmals auf einen vagen (unbestimmten) Begriff stützt, den der „wesentlichen“ Vertragsverletzung (vgl. PECL, DCFR).

Folgt man der französischen Sichtweise, so würde im Falle eines Rechtsstreits der Richter über das Schicksal des Vertrages frei entscheiden. Der Unterschied zum französischen Modell des richterlichen Rücktritts (vgl. Artikel 1184 Code civil), in dem der Richter einzig aufgrund von Zweckmäßigkeitgesichtspunkten, also Ermessensgesichtspunkten, entscheidet, wäre also geringfügig. Und doch erscheint der Unterschied zwischen beiden Rücktrittsmodellen sehr groß. In einem Fall liegt der Rücktritt (zunächst) in der Hand des Gläubigers, im anderen in der Hand des Richters.

Anders dagegen verhält es sich, wenn man das zweite Modell des *richterlichen* Rücktritts in Betracht zieht, das sich seinerseits auf ein wahrhaftiges subjektives Recht des Gläubigers auf Auflösung gründet. Beispielhaft für dieses zweite Modell ist der Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preußischen Staaten von 1857.<sup>8</sup> Hier ist der Unterschied zum einseitigen Rücktritt deutlich geringer, wenn auch nicht unbedeutend.

Gemein ist beiden: Sowohl bei diesem zweiten Modell des richterlichen Rücktritts als auch beim einseitigen Rücktritt ist der Rücktritt ein Recht des Gläubigers. Die Rolle des Richters beschränkt sich in beiden Fällen darauf, zu kontrollieren, ob die Tatbestandsmerkmale des Rücktritts vorhanden sind.

Bei dieser Kontrolle gibt es einen Unterschied: Beim einseitigen Rücktritt stellt der Richter lediglich den rechtmäßig erfolgten Rücktritt fest, während beim zweiten Modell des richterlichen Rücktritts der Richter den Rücktritt konstitutiv ausspricht. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Modellen beruht darin, in welchem Zeitpunkt die gerichtliche Kontrolle ausgeübt wird (*ex ante* oder *ex post*).

---

<sup>8</sup> Vgl. § 250 preußischer HGB-Entwurf: « Wenn bei einem zweiseitigen Vertrage, welcher von Seiten eines oder von Seiten beider Theile ein Handelsgeschäft ist, einer der Kontrahenten mit der Erfüllung im Verzuge ist oder nicht vertragsmäßig erfüllt, hat der andere die Wahl, entweder jenen zur Erfüllung des Vertrages und zur Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung anzuhalten, oder bei Gericht die Aufhebung des Vertrages und Schadensersatz zu fordern ».

Bei näherer Betrachtung erweist sich dieser Unterschied für die Vertragsparteien als nicht unerheblich.

Für die Vertragsparteien bedeutet er eine Umkehrung ihrer Rolle: Im Falle des richterlichen Rücktritts muss der Gläubiger zunächst den Richter heranziehen, um die Befreiung vom Vertrag zu erreichen (Kontrolle *ex ante*). Im Falle des einseitigen Rücktritts muss der Schuldner an den Richter herantreten, um sich gegen die vom Gläubiger ausgesprochene Vertragsauflösung zu wehren (Kontrolle *ex post*). Die Wertigkeit dieser Unterscheidung zeigt sich insbesondere bei den Gerichtskosten, die von den Parteien vorzustrecken sind.

Für den Richter bedeutet diese Unterscheidung einen Übergang von einer *systematischen, zwingenden* gerichtlichen Kontrolle beim richterlichen Rücktritt zu einer *fakultativen* gerichtlichen Kontrolle bei einseitigem Rücktritt, sofern der Schuldner eine solche Kontrolle begehrt.

Von manchen wird dieser Unterschied zwischen der systematischen, zwingenden Richterkontrolle und der fakultativen Richterkontrolle für gering erachtet. Einige behaupten sogar, das deutsche System des einseitigen Rücktritts bewirke, dass die Gerichte hierzu vielleicht genauso häufig wie in Frankreich intervenieren müssten.<sup>9</sup>

Diese Analyse steht im Widerspruch zu der Erkenntnis: Hohe Gerichtskostenvorschüsse, die im Zivilprozess anfallen, wenn der Schuldner gegen den einseitigen Rücktritt des Gläubigers vorgehen möchte, und das Prozessrisiko führen dazu, dass der Richter seltener in Anspruch genommen wird.<sup>10</sup>

Das deutsche Recht hat sich - mit einigen Ausnahmen - für ein starres und für den Gläubiger sicheres Modell des einseitigen Rücktritts entschieden. Der Rücktritt hängt im Wesentlichen von einem formalen Verfahren, einer erfolglos gebliebenen *Nachfrist*, ab. Hierdurch mögen zwar Rechtsstreitigkeiten mangels Anknüpfung an unbestimmten Rechtsbegriffen vermieden werden. Dieser Verlust eines flexibleren Modells geht zu Lasten richterlicher Spielräume.

**699.** Die deutsche These des „Beurteilungsspielraums“ mag manchem als zu theoretisch und komplex erscheinen, aber insgesamt erweist sie sich als nützlich, um

---

<sup>9</sup> L.-J. CONSTANTINESCO, *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, thèse Paris, préf. R. CASSIN, Paris, Rousseau & Cie, 1940, 319.

das genaue Ausmaß der richterlichen Befugnisse bei Leistungsstörungen zu definieren.

Der Begriff des Beurteilungsspielraums gibt den richterlichen Einwirkungsmöglichkeiten einen Namen und fassbaren Rahmen. Der Beurteilungsspielraum ist in seiner Begrifflichkeit und Dogmatik geeignet, um zwischen dem reinen Ermessen des Richters und der rein mechanischen Gesetzesanwendung durch den Richter zu vermitteln. Genannt sei der richterliche Beurteilungsspielraum bei der Befreiung der Pflicht des Schuldners zur Naturalerfüllung (*exécution forcée en nature*).

Die Verfasser der PECL betonen in ihrem Kommentar: Die Ausnahmetatbestände, die das Recht des Gläubigers auf Naturalerfüllung einschränken und die mit Hilfe von unbestimmten Rechtsbegriffen und Standards formuliert werden, räumen dem Richter keinen Ermessensspielraum ein. Die richterlichen Befugnisse werden jedoch nicht näher definiert. Gemeint muss also ein Beurteilungsspielraum sein.

**700.** Die Lehre, die der Begriff des richterlichen Ermessens in Deutschland nach sich gezogen hat, beweist das, was François Gény schon bemerkt hatte: Im deutschen Recht „erfordert der geringste Paragraph erhebliche Ausarbeitungen, um nur erklärt zu werden. Andererseits, wenn man in Besitz des Inhalts voller gesetzlicher Anordnungen ist, befindet man sich auf sehr festem Boden, was in der Alltagspraxis eine fast absolute Sicherheit verleiht“<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> G. MÄSCH, « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », RDC 2013, 1637 ff.

<sup>11</sup> F. GÉNY, « La Technique législative dans la Codification civile moderne », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. II, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 1035.

## Bibliographie

---

### I. RÉFÉRENCES EN LANGUE FRANÇAISE

#### A. TRAITÉS, MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX

- ATIAS Ch., *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, 3<sup>e</sup> éd., Aix-en-Provence, PUAM, 2006.
- ATIAS Ch., *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis Litec, 2010.
- AUBERT J.-L., *Le contrat, droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000.
- BÉNABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001.
- BERGEL J.-L., *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 2001, p. 116 .
- BERGEL J.-L. (dir.), *Lamy Droit Immobilier*, Paris, Lamy, 2013.
- BEUDANT Ch., *Cours de droit civil français, Les contrats et les obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1906.
- CADIET L., JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2003.
- CARBONNIER J., *Droit civil, t. 4, Les Obligations*, 22<sup>e</sup> éd. refondue, Paris, PUF, 2000.
- CARBONNIER J., *Droit civil*, Paris, PUF, 2004 (2 vol.).
- CATALA P., TERRÉ F., *Procédure civile et voies d'exécution*, Paris, PUF, 1965.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2001.
- COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2011.
- CORNU G., *Droit civil. Introduction au droit*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 2007.
- COUCHEZ G., X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2014.
- DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome premier, Paris, Durand et Hachette, 1877.
- DEUMIER P., *Introduction générale au droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2013.
- DOMAT J., *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Durand, 1777.
- FABRE-MAGNAN M., *Les obligations*, Paris, PUF, 2004.



- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, 1- Contrat et engagement unilatéral*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2012.
- FAGES B., *Droit des obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2013.
- FAGES B., POULIQUEN E. (dir.), *Lamy Droit du Contrat*, Paris, Lamy, 2013.
- FERRAND F., *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations 1. L'acte juridique*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002.
- FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2013.
- FROMONT M., RIEG A. (dir.), *Introduction au droit allemand*, t. III, Paris, éd. Cujas, 1991.
- FUZIER-HERMAN E., *Code civil annoté (dir. R. DEMOGUE)*, t. 3, Paris, Recueil Sirey, 1936.
- GHESTIN J., *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), La formation du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1993.
- GHESTIN J., GOUBEUX G., FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1994.
- GHESTIN J., JAMIN Ch., BILLIAU M., *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets du contrat*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2001.
- GHESTIN J., BILLIAU M., LOISEAU G., *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Le régime des créances et des dettes*, Paris, LGDJ, 2005.
- GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013.
- HUC Th., *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 7 (art. 1101-1233), Paris, Librairie Cotillon, 1894.
- HUET J., *Contrats civils et commerciaux. Responsabilité du vendeur et Garantie contre les vices cachés*, Paris, Litec, 1987.
- LABARTHE F., NOBLOT C., *Traité des contrats (dir. J. GHESTIN), Le contrat d'entreprise*, Paris, LGDJ, 2008.
- LABORDE - LACOSTE M., *Précis élémentaire de droit civil*, t. 2, Paris, Recueil Sirey, 1949.
- LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.
- LAROMBIÈRE, M. L., *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV Livre III du Code civil, Art. 1101 à 1386*, t. 1er, Bruxelles, Bruylant – Christophe et Compagnie, 1862.
- LÉGIER G., TRANCHANT L., *Droit civil, Les obligations*, 21<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014.
- LE TOURNEAU Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014.

- LE TOURNEAU Ph., *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012/2013.
- MALAURIE Ph., *Cours de droit civil, t. I, Introduction à l'étude du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1994.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., *Cours de droit civil. Les obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1990.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2012.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2014.
- MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2013.
- MALAURIE Ph., FULCHIRON H., *La famille*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2009.
- MALAURIE Ph., MORVAN P., *Droit civil, Introduction générale*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Defrénois, 2005.
- MALINVAUD Ph., *Introduction à l'étude du droit*, 14<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2013.
- MALINVAUD Ph., FENOUILLET D., *Droit des obligations*, 12<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2012 (une nouvelle version 2014 vient de paraître avec MEKKI M.).
- MALINVAUD Ph., JESTAZ Ph., JOURDAIN P., TOURNAFOND O., *Droit de la promotion immobilière*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2009.
- MARTY G., RAYNAUD P., *Droit civil. T. I : Introduction générale à l'étude du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1972.
- MAZEAUD H., L., J., CHABAS F., *Leçons de droit civil, t. II, 1<sup>er</sup> vol., Obligations, théorie générale*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1998.
- MAZEAUD H. et L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. H. CAPITANT, t. 1<sup>er</sup>, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Montchrestien, 1965.
- PÉDAMON M., *Le droit allemand*, Paris, PUF, 1985.
- PÉDAMON M., *Le contrat en droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2004.
- PERROT R., THÉRY Ph., *Procédures civiles d'exécution*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013.
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, Première partie*, 2<sup>e</sup> éd., par P. ESMEIN, Paris, LGDJ, 1952.
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français, t. VII, Obligations, Deuxième partie*, Paris, Librairie R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1954.
- PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français, t. X, Contrats civils, Première partie*, 2<sup>e</sup> éd., par J. HAMEL (vente) et F. GIVORD, A. TUNC (louage), Paris, LGDJ, 1956.
- ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2013.

- ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Sirey, 1951.
- SALEILLES R., *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Pichon, 1901.
- SALEILLES R., *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, Paris, Pichon, 1904.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les contrats de consommation. Règles communes*, Paris, LGDJ, 2013.
- SÉRIAUX A., *Droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 1998.
- TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2012.
- TERRÉ F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 11<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013.
- VILLEY M., *Le droit romain*, Paris, PUF, 2012.
- VINEY G., JOURDAIN P., *Traité de droit civil (dir. J. GHESTIN), Les effets de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2011.
- VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des obligations*, 1<sup>er</sup> vol., trad. de l'allemand par M. DE TORRENTÉ et E. THILO, 2<sup>e</sup> éd., Lausanne, Impr. centrale, 1933.
- WITZ C., *Droit privé allemand, 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Paris, Litec, 1992.
- WITZ C., *Le droit allemand*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2013.

## **B. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES, MONOGRAPHIES**

- ALLARD J., et GARAPON A., *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La République des idées, Seuil, 2005.
- AUBERT DE VINCELLES C., J. ROCHFELD (dir.), *L'acquis communautaire, Les sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, Economica, 2006.
- BADINTER R., BREYER S. (dir.), *Les Entretiens de Provence. Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003.
- BOUDOT M., *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, th. Aix-Marseille, 1999.
- BOULOUIS J., *L'interprétation par le juge des règles écrites (Journées Louisianaises)*, TAHC, t. XXIX, 1978 (Paris, Economica, 1980).
- BOUVERESSE A., *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, th. Strasbourg, préf. D. SIMON, Bruxelles, Bruylant, 2010.

- BOYER G., *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 C. Civ.)*, th. Toulouse, Paris, PUF, 1924.
- BRUNET Ch., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Paris II, sous la dir. de G. CORNU, 1973.
- CABRILLAC R., *Droit européen comparé des contrats*, Paris, LGDJ, 2012.
- CAPITANT H., TERRÉ F., LEQUETTE Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2., 12<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2008.
- CAPPELLETTI M., *Le Pouvoir des juges, Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, trad. par R. DAVID, Aix-en-Provence, Paris, PUAM, Economica, 1990.
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996.
- CASSIN R., *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, th. Paris, Paris, Sirey, 1914.
- COËFFARD P., *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, th. Poitiers, préf. Ph. RÉMY, Paris, LGDJ, 2005.
- COET Ph., *Les notions-cadres dans le Code civil. Etude des lacunes intra-legem*, th. Paris II, 1985.
- COLLART DUTILLEUL F., COULON C. (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007.
- CONSTANTINESCO L.-J., *La résolution des contrats synallagmatiques en droit allemand*, th. Paris, préf. R. CASSIN, Paris, Rousseau & Cie, 1940.
- CORNU G., *Cours de droit civil approfondi, L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie du droit civil*, Paris, Cours de droit, 1970-1971.
- CORNU G., *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Paris, Cours de droit, 1977.
- COULET J., *L'exécution forcée en nature*, th. dactyl. Paris II, 2007.
- COUTU M., *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris, LGDJ, 1995.
- CRÉMIEU L., *La justice privée. Son évolution dans la procédure romaine*, th. Paris, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1908.
- DAVID R., *Le droit français*, 2 tomes, Paris, LGDJ, 1960.
- DE GAUDIN DE LAGRANGE E., *L'intervention du juge dans le contrat*, th. Montpellier, Paris, Recueil Sirey, 1935.
- DE MALEVILLE J., *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. III, Paris, Garnery & Laporte, 1805.

- DEBILY E., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, th. dactyl. Poitiers, 2002.
- DELMAS-MARTY M., *Pour un droit commun*, Paris, éd. du Seuil, 1994.
- DELMAS-MARTY M., Les forces imaginantes du droit (III), *La refondation des pouvoirs*, Paris, Seuil, 2007.
- DEMOGUE R., *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique* (1911), Paris, éd. La Mémoire du Droit, 2001 (reprod. en fac-sim. de l'éd. de 1911).
- ENCINAS DE MUNAGORRI R., *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*, th. Paris X - Nanterre, préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 1996.
- FAGES B., *Le comportement du contractant*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1997.
- FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, réimpression de l'éd. de 1827, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.
- FERRAND F., *Cassation française et révision allemande : essai sur le contrôle exercé en matière civile par la Cour de cassation française et par la Cour fédérale de justice de la République fédérale d'Allemagne*, th. Lyon, préf. S. GUINCHARD, Paris, PUF, 1993, n° 392 .
- FISCHER J., *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, th. Toulouse, préf. Ph. LE TOURNEAU, Aix-en-Provence, PUAM, 2004.
- FONTAINE M., VINEY G. (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001.
- GAILLARD E., *Le pouvoir en droit privé*, th. Paris II, préf. G. CORNU, Paris, Economica, 1985.
- GARAPON A., PAPADOPOULOS I., *Juger en Amérique et en France, Culture juridique française et common law*, Paris, Odile Jacob, 2003.
- GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Paris, LGDJ, 2007.
- GÉNY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, préf. R. SALEILLES, 2<sup>e</sup> éd. rev. et mise au courant, 2 tomes, Paris, LGDJ, 1954.
- GERKENS J.-F., *Droit privé comparé*, Bruxelles, Larcier, 2007.
- GHESTIN J., *Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers)*, Paris, LGDJ, 1983.
- GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, th. Dijon, Paris, Arthur Rousseau, 1912.
- GROSSER P., *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, th. dactyl. Paris I, 2000.
- GRYNBAUM L., *Le contrat contingent. L'adaptation du contrat par le juge sur habilitation du législateur*, th. Paris II, préf. M. GOBERT, Paris, LGDJ, 2004.

- GRYNBAUM L., NICOD M. (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004.
- HALPÉRIN J.-L., *L'impossible Code civil*, Paris, PUF, 1992.
- HART H.L.A. , *Le concept de droit*, trad. de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005.
- HELLERINGER G., *Les clauses contractuelles. Essai de typologie*, th. Paris I, préf. L. AYNÈS, Paris, LGDJ, 2012.
- INSTITUT de droit des affaires d'Aix-Marseille, *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, Aix-en-Provence, PUAM, 1990.
- INSTITUT de droit des affaires d'Aix-Marseille, *Le juge et l'exécution du contrat*, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993, Aix-en-Provence, PUAM, 1993.
- JACOB R. (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996.
- JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil*, th. Paris XII, préf. F. CHABAS, Paris, Dalloz, 2005.
- JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats. Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, th. Lyon, préf. F. FERRAND, Paris, Dalloz, 2001.
- JAOUEN M., *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, th. Paris II, préf. D. MAZEAUD, Paris, Economica, 2013.
- JAUME L., *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997.
- KANT E., *Métaphysique des mœurs II* (trad. d'Alain Renaut), Paris, Flammarion, 1994.
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. EISENMANN, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962.
- KHORIATY R., *Les principes directeurs du droit des contrats. Regards croisés sur les droits français, libanais, européen et international*, th. Paris II/St.-Joseph (Liban), préf. D. MAZEAUD, Aix-en-Provence, PUAM, 2014.
- KRYNEN J., *L'emprise contemporaine des juges, L'Etat de justice. France, XIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, t. II, Paris, Gallimard, 2012.
- LAITHIER Y.-M., *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, th. Paris I, préf. H. MUIR WATT, Paris, LGDJ, 2004.
- LAMOUREUX M., *L'aménagement des pouvoirs du juge par les contractants. Recherche sur un possible imperium des contractants*, 2 tomes, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2006.
- LARDEUX G., LEGAIS R., PÉDAMON M., WITZ C., *Code civil allemand, Traduction commentée*, Paris, Juriscope, Dalloz, 2010.
- LARDEUX G. (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011.

- LASSERRE-KIESOW V., *La technique législative, Etude sur les codes civils français et allemand*, th. Paris II, préf. M. PÉDAMON, Paris, LGDJ, 2002.
- LEGROS J.-P., *Essai sur la motivation des jugements civils*, th. Dijon, 1987.
- LE GAC-PECH S. (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- LEQUETTE S., *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, th. Paris II, préf. C. BRENNER, Paris, Economica, 2012.
- L'HUILLIER L., *La notion de droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève, Impr. du journal de Genève, 1947.
- LOKIEC P., *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, th. Paris X – Nanterre, préf. A. LYON-CAEN, Paris, LGDJ, 2004.
- LONIS-APOKOURASTOS V., *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- MARTY G., *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, th. Toulouse, Paris, Sirey, 1929.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, Paris, LGDJ, 1992.
- MIGUET J., *Immutabilité et évolution du litige*, th. Toulouse 1, préf. P. HÉBRAUD, Paris, LGDJ, 1977.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.
- MORIN G., *La loi et le contrat, La Décadence de leur Souveraineté*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1927.
- MORVAN P., *Le principe de droit privé*, th. Paris II, 1999.
- MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, th. Lyon, préf. P. ROUBIER, Recueil Sirey, 1948.
- MOUSSERON J. M., *Technique contractuelle*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Francis Lefebvre, 1999.
- NAJJAR I., *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, th. Paris, préf. P. RAYNAUD, Paris, LGDJ, 1967.
- NORMAND J., *Le juge et le litige*, th. Lille, préf. R. PERROT, Paris, LGDJ, 1965.
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.
- OUELHAZI R., *Le juge judiciaire et la force obligatoire du contrat*, th. Strasbourg, préf. G. WIEDERKEHR, ANRT, 1997.
- PANCRAZI-TIAN M.-E. , *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1996.
- PAULIN Ch., *La clause résolutoire*, th. Toulouse, Paris, LGDJ, 1996.
- PERES-DOURDOU C., *La règle supplétive*, th. Paris I, préf. G. VINEY, Paris, LGDJ, 2004.
- PIAZZON Th., *La sécurité juridique*, th. Paris II, préf. L. LEVENEUR, Paris, Defrénois, 2009.

- PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, préf. G. COUTURIER, Paris, LGDJ, 1989.
- POPINEAU-DEHAULLON C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat. Etude comparative*, th. Paris II, préf. M. GORÉ, Paris, LGDJ, 2008.
- PORTALIS J.-E.-M., *Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, Librairie de la Cour de cassation, 1844.
- PRIETO C. (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.
- RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA H., *Le raisonnable en droit des contrats*, th. Poitiers, préf. J. BEAUCHARD et M. RAMAROLANTO-RATIARAY, Paris, LGDJ, 2009.
- RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, th. Paris, Paris, PUF, 1980.
- RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, th. Strasbourg, préf. R. PERROT, Paris, LGDJ, 1961.
- RIGALLE-DUMETZ C., *La résolution partielle du contrat*, th. Lille II, préf. Ch. JAMIN, Paris, Dalloz, 2003.
- RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 1949.
- ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, préf. D. DEROUSSIN, Paris, Dalloz, 2005, reprod. en fac-sim. de l'éd. de 1963.
- ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, th. Toulouse I, préf. P. HÉBRAUD, Paris, LGDJ, 1974.
- ROUSSEL G., *Le contrat. De l'intervention du juge et du législateur dans son exécution*, th. Paris, Paris, LGDJ, 1936.
- ROYER J.-P., *Histoire de la justice en France de la monarchie absolue à la République*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2001.
- SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, Paris, Félix Alcan, 1898.
- SCHLECHTRIEM P., WITZ C., *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Paris, Dalloz, 2008.
- SCHNAPPER B., *Les peines arbitraires du XIII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle (doctrines savantes et usages français)*, Paris, (diff.) LGDJ, 1974.
- SOUSTELLE Ph., *Les délais judiciaires différant l'exécution de l'obligation*, th. Saint Etienne, 1996.
- STATI M.-O., *Le standard juridique*, th. Paris, 1927,
- STOFFEL-MUNCK Ph., *L'abus dans le contrat : essai d'une théorie*, th. Aix-en-Provence, préf. R. BOUT, Paris, LGDJ, 2000.



- TAHC, *Travaux du groupe français de l'Association H. Capitant, t. V., 1949, Etudes sur le rôle du juge*, Paris, Dalloz, 1950.
- TEXIER R., *Le délai de grâce*, th. Paris, Paris, Librairie technique et économique, 1938.
- TIMSIT G., *Les noms de la loi*, Paris, PUF, 1991.
- TISSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, th. Paris I, préf. M. FABRE-MAGNAN, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.
- TOMSON E., *Droits constitutifs et jugements constitutifs en droit allemand*, th. dactyl. Paris, 1960.
- TUNC A., préf. du Code de commerce uniforme des Etats-Unis, trad. C. LAMBRECHTS, Paris, A. Colin, 1971.
- VACCA L. (dir.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Torino, G. Giappichelli, 1999.
- VALLIMARESCO A., *La justice privée en droit moderne*, th. Paris, préf. R. DEMOGUE, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1926.
- VALORY S., *La potestativité dans les relations contractuelles*, th. Aix-Marseille 3, préf. J. MESTRE, Aix-en-Provence, PUAM, 1999.
- VERGES E., *Les principes directeurs du procès judiciaire. Etude d'une catégorie juridique*, th. Aix-Marseille, 2000.
- VIOLLET P., *Les Etablissements de Saint Louis*, t. II, Paris, Renouard, 1881.
- VOIRIN P., *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, th. Nancy, 1922.
- WÉRY P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil*, préf. I. MOREAU MARGRÈVE, Liège, Kluwer, 1993.
- WICKER G., *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. Perpignan, préf. J. AMIEL-DONAT, Paris, LGDJ, 1997.
- WICKER G. (dir.), *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe, Quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Paris, Litec, 2008.
- WINTGEN R., *Etude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, th. Paris I, préf. J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2004.

## **C. RAPPORTS OFFICIELS, PROJETS DE RÉFORME ET DE CODIFICATION**

### **DROIT FRANÇAIS :**

CATALA P. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006.

FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, Paris, éd. Videcoq, 1836.

KLING D., « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires. Réactions de la CCIP à l'avant-projet "Catala" et propositions d'amendements », *Rapport présenté au nom de la commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 19 octobre 2006*, consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr).

KLING D., « Vers un droit des contrats modernisé et mieux adapté à la vie des affaires. Réaction de la CCIP à la consultation de la Chancellerie de juillet 2008 », *Rapport présenté au nom de la commission du droit de l'entreprise et adopté à l'Assemblée générale du 9 octobre 2008*, consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr).

PORTALIS J.-E.-M., *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Paris, Joubert, 1844.

TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009.

TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.

### **DROIT EUROPÉEN :**

*Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. ROUHETTE avec le concours de I. DE LAMBERTERIE, D. TALLON, C. WITZ, Paris, Société de législation comparée, 2003.

*Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 2010.

*Projet de cadre commun de référence. Principes contractuels communs*, Association H. Capitant et Société de législation comparée, Paris, Société de législation comparée, 2008.

NORGUET D., « Etude de faisabilité pour un droit européen des contrats. Réaction de la CCIP », *Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise et adopté au Bureau du 30 juin 2011*, consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr).

NORGUET D., « Proposition de règlement portant création d'un "droit commun européen de la vente" », Réaction de la CCIP, *Rapport présenté au nom de la Commission du droit de l'entreprise avec la participation de la Commission du commerce et des échanges et adopté à l'Assemblée générale du 21 juin 2012*, consultable sur [www.ccip.fr](http://www.ccip.fr).

## D. DICTIONNAIRES, LEXIQUES, ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES

ALBIGES Ch. , Rép. civ., v° Equité.

ALLAND D., RIALS S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

ATIAS Ch., *Epistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

BARRET O., Rép. civ., v° Vente (3° effets).

BÉLY L., (dir.), *Dictionnaire de l'Ancien Régime*, 3° éd., Paris, Quadrige, PUF, 2006.

BORÉ J. et L., Rép. proc. civ., v° Pourvoi en cassation.

BRENNER C., Rép. civ., v° Acte juridique.

CADIET L. (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004.

CADIET L., LE TOURNEAU Ph., Rép. civ., v° Abus de droit.

CHABAS F., DEIS-BEAUQUESNE S., Rép. civ., v° Astreintes.

CAYROL N., Rép. pr. civ., v° Action en justice.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 10<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2014.

DELEBECQUE Ph., J.-Cl. Civ., Art. 1146-1155, Fasc. 22.

DOUCET M., FLECK K. E. W., *Dictionnaire juridique et économique*, t. 1, français-allemand, München, C.H. Beck, 1988.

HUET J., J.-Cl. Civ., Art. 1641 à 1649, Fasc. 50.

*Le Robert & Collins Senior, Dictionnaire français-anglais – anglais-français, Paris, Dictionnaires Le Robert, 6e éd., 2002.*

*Lexique des termes juridiques*, 21<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2014.

LEBLOIS-HAPPE J., J.-Cl. Pénal, Art. 132-24 à 132-26, Fasc. 20.

LE TOURNEAU Ph., POUMARÈDE M., Rép. civ., v° Bonne foi.

NORMAND J., J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 151.

NORMAND J., BLÉRY C., J.-Cl. Proc. civ., Fasc. 151.

PAISANT G., Rép. civ., v° Clause pénale.

PICOD Y., J.-Cl. Civ., Art. 1134 et 1135, Fasc. 11.

RIALS S., Rép. cont. adm., v° Pouvoir discrétionnaire.

RIALS S., Rép. cont. adm., v° Pouvoir discrétionnaire.

SIMLER Ph., J.-Cl. Civ., Art. 1136 à 1145, Fasc. 10.

STORCK M., J.-Cl. Civ., Art. 1184, Fasc. 10.

TAISNE J.-J., J.-Cl. Civ., Art. 1168-1174, Fasc. unique.

ROLAND H., BOYER L., *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1998.

ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 1999.

WIEDERKEHR G., D'AMBRA D., Rép. pr. civ., v<sup>o</sup> Exécution des jugements et des actes.

## E. ARTICLES ET CHRONIQUES

ALBIGES Ch., « Le développement discret de la réfaction du contrat », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Paris, Dalloz-Litec, 1999, p. 3.

ALMEIDA PRADO M., « Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe », RIDC 2010, n<sup>o</sup> 4, p. 886.

ALPA G., « Réflexions sur le dommage contractuel. Philologie, conceptualisme et problèmes d'harmonisation du droit », RIDC 2011, p. 759.

AL-SANHOURY A.-A., « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. GÉNY*, t. II, Paris, Recueil Sirey, 1934, p. 144.

AMRANI MEKKI S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », Defrénois 2002, art. 37688, p. 369.

AMRANI MEKKI S., « La déjudiciarisation », Gaz. Pal. 5 juin 2008, p. 2.

AMRANI MEKKI S., « Droit des contrats. Septembre 2007 - septembre 2008 », D. 2008, p. 2965.

AMRANI MEKKI S., FAUVARQUE-COSSON B., « Droit des contrats. Octobre 2008 - décembre 2009 », D. 2010, p. 224.

AMSELEK P., « La part de la science dans les activités des juristes », in P. NOREAU (dir.), *Dans le regard de l'autre*, Montréal, Thémis, 2007, p. 13.

ANCEL F., « Genèse, sources, esprit, structure et méthode », RDC 2009, p. 273.

ANCEL F., « Propos introductifs », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 9.

ANCEL M., « Politique législative et Droit comparé », in *Mélanges offerts à Jacques MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 10.

ANCEL P., « Critères et sanctions de l'abus de droit en matière contractuelle », JCP Cah. dr. entr. 1998, n<sup>o</sup> 6, p. 30.

ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », RTD civ. 1999, p. 771.

ANCEL P., « Exécution des contrats et exécution des décisions de justice », in *L'exécution, XXIIIème Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19 et 20 novembre 1999*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 151.

- ANCEL P., « Le juge et l'inexécution du contrat », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 103.
- ANCEL P., « L'accroissement de la place de l'unilatéralité dans le contrat ? », in S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Paris, Dalloz, 2008, p. 307.
- ANCEL P., BRUN Ph., FORRAY V., GOUT O., PIGNARRE G., PIMONT S., « Points de vue convergents sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP 2008, I, 213, p. 20.
- ANCEL P., DIDRY C., « L'abus de droit : une notion sans histoire ? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle », in *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2001, p. 51.
- ATIAS Ch., « La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, Paris, La documentation française, 1994, p. 73.
- ATIAS Ch., « Les "risques et périls" de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », D. 2003, p. 1103.
- ATIAS Ch., « Qu'est-ce qu'un contrat ? », in Ch. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, p. 3.
- ATIAS Ch., « La fonction d'appréciation souveraine des faits », D. 2009, p. 744.
- ATIAS Ch., « L'irrévocabilité relative de l'acte unilatéral », D. 2013, p. 1765.
- ATIAS Ch., « "De plein droit" », D. 2013, p. 2183.
- AUBERT DE VINCELLES C., « Les principes généraux relatifs au droit des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 113.
- AUBERT DE VINCELLES C., « La résolution du contrat pour inexécution », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 269.
- AUBERT DE VINCELLES C., FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D., ROCHFELD J., « Droit européen des contrats : évolutions et circonvolutions... », in Dossier : *Droit européen des contrats à la recherche du temps perdu*, Droit & Patrimoine décembre 2007 (n° 165), p. 42.
- AUBERT DE VINCELLES C., FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D., ROCHFELD J., « Doctrine française et cadre commun de référence : la politique de la chaise... pleine », in Dossier : *Droit européen des contrats à la recherche du temps perdu*, Droit & Patrimoine décembre 2007 (n° 165), p. 49 et s.
- AUBERT DE VINCELLES C., « Premier regard sur la proposition d'un droit commun européen de la vente », JCP 2011, n° 50, 1376.
- AYNÈS L., « Rapport introductif », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 1.

- AYNÈS L., « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Dossier : Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 64.
- AYNÈS L., « Le contrat, loi des parties », Cah. Cons. constit. n° 17/2004, p. 77.
- AYNÈS L., « Motivation et justification », RDC 2004, p. 555.
- AYNÈS L., « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, n° 11, p. 400.
- AYNÈS L., « Rapport introductif », RDC 2005, p. 10 .
- AYNÈS L., « Vers une déontologie du contrat ? », Bull. inf. C. cass. n° 646 du 15 septembre 2006.
- AYNÈS L., « La contrainte en droit des contrats », in L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Paris, Economica, 2007, p. 35.
- AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., chron. droit des contrats, Droit & Patrimoine février 2009 (n° 178), p. 120.
- BACHELLIER X., « Le pouvoir souverain des juges du fond », Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009, p. 18.
- BARTHOUIL T., « Essai sur la notion de pouvoir discrétionnaire des juges du fond en droit privé », RRJ 1992-2, p. 343.
- BAZIN E., « La résolution unilatérale du contrat », RRJ 2000-4, p. 1381.
- BEALE H., « L'intervention du juge dans l'exécution des contrats de distribution en Angleterre », in *Le contrat-cadre de distribution : Enjeux et perspectives. Regards sur le contrat de distribution dans l'Union européenne, colloque organisé les 11 et 12 décembre 1996*, JCP E 1997, suppl. 3/4.
- BEALE H., « La réforme du droit français des contrats et le “ droit européen des contrats ” : perspective de la *Law Commission* anglaise », RDC 2006, p. 135 et s.
- BÉGUIN J., « Rapport sur l'adage “ nul ne peut se faire justice à soi-même ” en droit français », in « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ». *Le principe et ses limites en droit privé*, TAHC, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, p. 41.
- BEHAR-TOUCHAIS M., « Les remèdes unilatéraux à l'inexécution dans les contrats de distribution », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 21.
- BELLAMY M., « Le pouvoir de commandement du juge, ou le nouvel esprit du procès », JCP 1973, I, 2522.
- BÉNABENT A., « Rapport français », in *La Bonne foi*, TAHC, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 291.
- BENHAMOU Y., « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges. Contribution à l'étude critique de la fonction de juger », D. 2009, p. 1040.
- BERGEL J.-L. , « Avant-propos », RRJ 1988-4, p. 806.

- BERGEL J.-L., « Introduction générale », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, p. 12 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)).
- BLONDEL Ph., « Motulsky c'est une lumière, celle qui conduit, inspire et illumine » (entretien), JCP 2012, n° 3, 39, p. 74.
- BORGHETTI J.-S., « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 : La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. 266.
- BORNET Ch., « La logique judiciaire devant la Cour de cassation », in *La logique judiciaire, 5<sup>e</sup> colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967)*, Paris, PUF, 1969, p. 85.
- BOULANGER J., « La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de l'interprétation judiciaire » (compte-rendu), in *La méthode depuis le Code civil de 1804, Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris*, TAHC, t. VI, 1950, p. 63.
- BOURETZ P., « Prendre le droit au sérieux : de Rawls à Dworkin », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 59.
- BOURETZ P., « Entre la puissance de la loi et l'art de l'interprétation : l'énigmatisme légitimité du juge », in *Les juges, rev. Pouvoirs* n° 74, 1995, p. 81
- BOURGEON Ch., « Rupture abusive et maintien du contrat : observations d'un praticien », RDC 2005, p. 109.
- BOYER G., « Les promesses synallagmatiques de vente », RTD civ. 1949, p. 1.
- BOYER G., « La notion d'équité et son rôle dans la jurisprudence des Parlements », in *Mélanges offerts à J. MAURY*, t. II, Paris, Dalloz & Sirey, 1960, p. 257.
- BREEN E., « Le pouvoir discrétionnaire en droit administratif anglais », RFDA 2003, p. 1159.
- BROECKX K., « The Discretionary Power of the Judge. Regional Report : Belgium, France, Italy, Netherlands », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 247.
- BÜRGE A., « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », RTD civ. 2000, p. 1.
- CABRILLAC R., « Le projet de réforme du droit des contrats. Premières impressions », JCP 2008, I, 190.
- CABRILLAC R., « La motivation des actes individuels : le contrat », RLDC 2012/89, n° 4526.
- CADIET L., « L'équité dans l'office du juge civil », in *Justice et Equité, rev. Justices* n° 9, 1998, p. 96.

- CADIET L., « Les jeux du contrat et du procès : esquisse », in *Philosophie du droit et droit économique, quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de G. FARJAT, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p. 23.
- CADIET L., « Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès », in *Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques NORMAND*, Paris, Litec, 2003, p. 71.
- CANIVET G., MUIR WATT H., « Européanisation du droit privé et justice sociale », ZEuP 2005, p. 518.
- CANIVET G., « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », RIDC 2003, p. 14.
- CANIVET G., N. MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », in Mélanges en l'honneur de Jacques BORÉ, La création du droit jurisprudentiel, Paris, Dalloz, 2007, p. 79.
- CAPRON Y., « Théorie des contrats et sanctions », Justice & Cassation 2005, p. 22.
- CARBONNIER J., obs. à la RTD civ. 1956, p. 553.
- CARBONNIER J., « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 106.
- CASSIN R., « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant, Mons 10-11 juin 1938*, Paris, Sirey, 1939, p. 63.
- CASSIN R., « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », RTD civ. 1945, p. 169.
- CHABAS F., « La réforme de la clause pénale », D. 1976, chron., p. 234.
- CHAINAIS C., FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain, vol. 1 : La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. XVIII.
- CHARRIN E., « Le libéralisme en France : aventures et avatars d'un discours politique », Le Banquet, n° 11, 1997/2.
- CHARRUAULT Ch., « La souveraineté du juge du fond à l'épreuve de quelques faits », Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009, p. 24.
- CHARTIER Y., « Domicile conjugal et vie familiale », RTD civ. 1971, p. 510.
- CHAUVIRÉ Ph., « Quelle sanction pour la rupture unilatérale du contrat en l'absence de comportement grave ? », RLDC 2010/75, n° 3951.
- CLARET H., « Questions linguistiques autour d'un instrument européen en droit des contrats », RLDC 2011/84, n° 4326.
- CLIVE E., « Termination : the divorce of contract law ? », RDC 2009, p. 919.
- COHEN D., « Justice publique et justice privée », Arch. phil. droit 41 (1997), p. 149.



- CORDELL PARIS C., « Le juste, le juge et l'arbitre dans la philosophie politique aristotélicienne », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2-2010, p. 11.
- COULON C., « L'influence de la durée des contrats sur l'évolution des sanctions contractuelles », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 30.
- DAVID R., « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II, Paris, LGDJ, 1971, p. 135.
- DELEBECQUE Ph., « Les standards dans les droits romano-germaniques », *RRJ* 1988-4, p. 871.
- DELEBECQUE Ph., « Les aménagements contractuels de l'exécution du contrat », *PA* 5 mai 2000, p. 22.
- DELEBECQUE Ph., « L'exécution forcée », *RDC* 2006, p. 101.
- DELMAS-MARTY M., IZORCHE M.-L., « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, p. 753.
- DELPÉRÉE F., « La légitimité du juge », in *Convergence of legal systems in the 21st century : general reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law (Brisbane, Australia, 14-20 July 2002) organized by the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 241.
- DE MATOS A.-M., in C. PRIETO (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 476.
- DENTI V., « Rapport général », in *L'effectivité des décisions de justice*, TAHC, t. XXXVI, Paris, Economica, 1985, p. 29.
- DEPREZ J., « Rapport sur les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, TAHC, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 28.
- DESHAYES O., « L'office du juge à la recherche de sens à propos de l'arrêt d'assemblée plénière du 21 décembre 2007 », *D.* 2008, p. 1102.
- DEUMIER P., « L'interprétation de la loi : quel statut ? quelles interprétations ? quel(s) juge(s) ? quelles limites ? », *RTD civ.* 2011, p. 90.
- DRAI P., « L'exécution des décisions judiciaires et les moyens de pression à la disposition du tribunal », *RIDC* 1986, p. 511.
- DUONG L., « Le raisonnable dans les Principes du droit européen des contrats », *RIDC* 2008, p. 701.
- DWORKIN R., « Le positivisme », *Droit et Société* 1-1985, p. 42.

- EIDENMÜLLER H., FAUST F., GRIGOLEIT H. C., JANSEN N., WAGNER G., ZIMMERMANN R., « Le cadre commun de référence pour le droit privé européen. Les questions de son évaluation et les problèmes de codification », *RTD eur.* 2008, p. 761.
- ESMEIN M. A., « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes », *RTD civ.* 1903, p. 5.
- ETIENNEY DE SAINTE MARIE A., « La durée du contrat et la réforme du droit des obligations », *D.* 2011, p. 2672.
- EUQUIER F., « Modèles et anti-modèles dans le rôle du juge en matière contractuelle », in Th. REVET (dir.), *Code civil et modèles. Des modèles du Code au Code comme modèle*, Paris, LGDJ, 2005, p. 225.
- FABRE-MAGNAN M., « L'obligation de motivation en droit des contrats », in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 301.
- FABRE-MAGNAN M., « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », *RDC* 2004, p. 573.
- FABRE-MAGNAN M., « Réforme du droit des contrats : "Un très bon projet", *JCP* 2008, I, 199.
- FAGES B., « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la "chose" des parties ?, in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 153.
- FAGES B., « Des motifs de débat... », *RDC* 2004, p. 563.
- FAURE-ABBAD M., « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, p. 165.
- FAURE-ABBAD M., « La présentation de l'inexécution contractuelle dans l'avant-projet Catala », *D.* 2007, p. 167.
- FAUVARQUE-COSSON B., « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat. L'arrêt *Attorney General v. Blake* : la consécration, par la Chambre des Lords, d'une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l'existence d'un préjudice, mais sur le profit tiré de la rupture du contrat », *RDC* 2005, p. 479.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, n° 13, p. 74.
- FAUVARQUE-COSSON B., « La réforme du droit français des contrats : perspective comparative », *RDC* 2006, p. 147.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature – A partir de Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005 », *RDC* 2006, p. 529.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Droit européen des contrats : les offres sont faites, les dés non encore jetés », *D.* 2008, p. 556.
- FAUVARQUE-COSSON B., « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC* 2008, p. 527.

- FAUVARQUE-COSSON B., « Terminologie, principes, élaboration de règles modèles : les trois volets du cadre commun de référence », RTD eur. 2008, p. 698.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Pour un cadre commun de référence limité au droit des contrats », RDC 2008, p. 917.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Droit européen des contrats : bilan et perspectives pour la prochaine décennie », RDC 2010, p. 316.
- FAUVARQUE-COSSON B., Panorama, D. 2006, p. 2644.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge », RDC 2010, p. 1405.
- FAUVARQUE-COSSON B., MAZEAUD D., « L'avant-projet français de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription et les Principes du droit européen du contrat : variations sur les champs magnétiques dans l'univers contractuel », PA 24 juillet 2006, p. 3.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Towards a New French Law of Obligations and Prescription ? About the "Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription", ZEuP 2007, p. 428.
- FAUVARQUE-COSSON B., FRANÇOIS J., « Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », D. 2008, p. 2512.
- FAUVARQUE-COSSON B., « Vers un droit commun européen de la vente », D. 2012, p. 34.
- FENOUILLET D., « Les effets du contrat entre les parties : ni révolution, ni conservation, mais un "entre-deux" perfectible », RDC 2006, p. 67.
- FENOUILLET D., « Les effets du contrat entre les parties. Les principes », in TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 246.
- FENOUILLET D., « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009, p. 279.
- FENOUILLET D., « La notion de prérogative : instrument de défense contre le solidarisme ou technique d'appréhension de l'unilatéralisme ? », RDC 2011, p. 644.
- FERRAND F., « L'exécution en droit allemand », in *L'exécution, XXIIIème Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19 et 20 novembre 1999*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 27.
- FERRAND F., « L'influence de la procédure civile allemande sur la doctrine de Henri Motulsky », Procédures n° 3, Mars 2012, dossier 11.
- FORTIER V., « La fonction normative des notions floues », RRJ 1991-3, p. 756.
- FRISON ROCHE M.-A., « Volonté et obligation », Archives de philosophie du droit, 2000, t. 44, p. 135.

- FROMONT M., « Les effets de l'inexécution du contrat en Allemagne depuis la réforme du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Daniel TRICOT*, Paris, Litec Dalloz, 2011, p. 91.
- FRYDMANN B., « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in *La qualité des décisions de justice, Etudes réunies par Pascal MBONGO*, éd. du Conseil de l'Europe, 2007, p. 23.
- GARAPON A., « La question du juge », in *Les juges, rev. Pouvoirs* n° 74, 1995, p. 26.
- GARAUD E., « De gré ou de force : l'exécution contractuelle en nature. Droit positif et projets de réforme », *RLDC* 2010/4, n° 70 .
- GAUDIN L., « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », *D.* 2008, p. 631.
- GAUDU F., « L'exigence de motivation en droit du travail », *RDC* 2004, p. 566.
- GAUTIER P.-Y., « Crise du contrat... ou crise du juge et de la doctrine ? », *RDC* 2003, p. 277.
- GÉNY F., « La Technique législative dans la Codification civile moderne », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du centenaire*, t. II, Paris, Arthur Rousseau, 1904, p. 989.
- GÉRARD Ph., « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviante et Société*, 1988, vol. 12, n° 1, p. 76.
- GERVAIS A., « Quelques réflexions à propos de la distinction des "droits" et des "intérêts" », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 241.
- GHESTIN J., « La résolution pour inexécution (en droit français) », in L. VACCA (dir.), *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo*, Torino, G. Giappichelli, 1999, p. 109.
- GHESTIN J., « Le contrat en tant qu'échange économique », *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2000, p. 90.
- GHESTIN J., « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.* 2004, p. 2239.
- GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chron., p. 1.
- GHESTIN J. (dir.), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, PA 12 février 2009, p. 3.
- GHICA-LEMARCHAND C., « L'interprétation de la loi pénale par le juge », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg*, p. 168.
- GHOZI A., LEQUETTE Y., « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.* 2008, p. 2609.
- GIRARD P., « L'évolution du rôle des juges », *Les Cahiers de droit*, vol. 42, n° 3, 2001, p. 361.

- GIRARDET A., « L'équité du juge : si on levait le voile ? », in *Justice et Equité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 1.
- GRIDEL J.-P., « La rupture unilatérale aux risques et périls », *RLDC* 2007/41, n° 2678, p. 53.
- GRIDEL J.-P., LAITHIER Y.-M., « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP* 2008, I, 143.
- GRIMALDI M., « Le droit continental face à la mondialisation », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 293.
- GRIMAUD D., « L'exécution forcée des avant-contrats », in O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats*, Paris, PUF, 2008, p. 139.
- GROSSER P., « L'ordonnancement des remèdes », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 101.
- GUINCHARD S., « L'évitement du juge civil », in J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998, p. 221.
- HALPÉRIN J.-L., « Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 233.
- HERAIL M., « L'influence du droit européen sur l'évolution des sanctions contractuelles in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 72.
- HEUZÉ V., *La vente internationale de marchandises*, Paris, LGDJ, 2000, n° 459, p. 414.
- HILAIRE J., « Enquêter et débattre : la décision judiciaire au Parlement de Paris », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 114.
- HÉBRAUD P., « L'exécution des jugements civils », *RIDC* 1957, p. 170.
- HÉBRAUD P., « Rapport introductif », in *La logique judiciaire, 5<sup>e</sup> colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967)*, Paris, PUF, 1969, p. 23.
- HOUIN R., « De lege feranda », in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. I, Paris, Dalloz & Sirey, 1961, p. 273.
- HOUTCIEFF D., « Les sanctions des règles de formation des contrats », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p.
- HUGON Ch., « Regards sur le droit des voies d'exécution », *RDC* 2005, p. 190.
- JACQUET J.-M., « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », in *Etudes à la mémoire du professeur Bruno OPPETIT*, Paris, LexisNexis Litec, 2009, p. 331.

- JAMIN Ch., « Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 46.
- JAMIN Ch., « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 71.
- JAMIN Ch., « Les conditions de la résolution du contrat : vers un modèle unique ? – Rapport français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 451.
- JAMIN Ch., « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », D. 2002, p. 901.
- JAMIN Ch., « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in F. COLLART DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 3.
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Rapport de synthèse », in *Le contrat*, TAHC, t. LV/2005, Paris, Société de législation comparée, 2009, p. 4.
- JOURDAIN P., « Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 269.
- DUTILLEUL, C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris, Economica, 2007, p. 3.
- JARROSSON Ch., « Réflexions sur l'imperium », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245.
- JARROSSON Ch., « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, p. 326.
- JAUFFRET-SPINOSI C., « La structure du droit français », RIDC 2002, p. 265.
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », in S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, spéc. p. 34
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Vers une convergence du droit français et du droit allemand ? », in *Liber Amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 895.
- JAUFFRET-SPINOSI C., « Les grands systèmes contractuels européens », in *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2008, p. 9.

- JEANDIDIER W., « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700.
- JEANNEAU B., « Le traitement de l'équité en droit français », in *Etudes de droit contemporain*, préf. F. TERRÉ, Travaux et recherches de l'Institut de droit comparé de Paris, XXXIII, VIIIe Congrès international de droit comparé Pescara, Paris, éd. de l'Epargne, 1970, p. 22.
- JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Paris, Economica, 1999, p. 91.
- JESTAZ Ph., « Rapport de synthèse », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 263.
- JESTAZ Ph., « Les standards dans les divers systèmes juridiques », in *Autour du droit civil. Ecrits dispersés, Idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 20.
- JESTAZ Ph., « Une révolution inaperçue. A propos de l'acte juridique », *RTD civ.* 2014, p. 67.
- JESTAZ Ph., JAMIN Ch., « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, p. 167.
- JOBIN P.-G., « Coup d'œil sur les multiples facettes de l'intervention du juge dans le contrat », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 1, 2006, p. 3.
- JOMAIN B., « La clause pénale et l'équilibre contractuel », in H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.), *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, Paris, LGDJ, 1983, p. 93.
- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », in *Aequitas und Bona Fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von August SIMONIUS*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, p. 179.
- KRYNEN J., « Avant la construction européenne : le patrimoine juridique commun de l'Europe », *JCP* 2012, n° 18, 562.
- LAGARDE X., « Remarques sur l'actualité de la mise en demeure », *JCP* 1996, I, 3974, p. 424.
- LAGARDE X., « La motivation des actes juridiques », in *La motivation*, TAHC, Paris, LGDJ, 2000, p. 78.
- LAITHIER Y.-M., « L'exécution des obligations contractuelles », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 158.
- LAITHIER Y.-M., « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de *common law* », *RDC* 2010, p. 410.

- LAITHIER Y.-M., « L'incidence de la crise économique sur le contrat dans les droits de common law », RDC 2010, p. 413.
- LAITHIER Y.-M., « La prétendue primauté de l'exécution en nature », RDC 2005, p. 165.
- LAITHIER Y.-M., « La sanction de la mauvaise foi du créancier dans l'exécution du contrat », RDC 2010, p. 562.
- LAITHIER Y.-M., « Observations sur les moyens d'action en cas d'inexécution des obligations contractuelles », in O. DESHAYES (dir.), *Le droit commun européen de la vente*, Paris, Société de législation comparée, 2012, p. 193.
- LALOU M., « La révision des contrats par le juge en droit français », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, t. II, Paris, Sirey, 1937, p. 45.
- LANDO O., « L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les Principes du droit européen du contrat : analyse de certaines différences », RDC 2006, p. 167.
- LANDO O., « La contribution française au droit européen du contrat », RDC 2009, p. 729.
- LARDEUX G., « Droit positif et droit prospectif de l'unilatéralisme dans le contrat », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 1.
- LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 3.
- LARRÈRE C., « Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria », in *Beccaria et la culture juridique des Lumières. Etudes historiques éditées et présentées par Michel PORRET*, Genève, Droz, 1997, p. 89.
- LASSERRE-KIESOW V., « L'aléa », JCP 2009, n° 31-35, 182, p. 52.
- LEBOIS A., « Les obligations contractuelles de faire à caractère personnel », JCP 2008, I, 210.
- LEFEBVRE Ch., MARIN J.-C., « Le juge est-il toujours la bouche de la loi ? », JCP 2011, n° 51, 1431.
- LEFORT Ch., « Contribution à l'étude du pouvoir d'office du juge dans le procès civil », in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 807.
- LE GAC-PECH S., « Vers un droit des remèdes », PA 4 décembre 2007, p. 7.
- LE GAC-PECH S., « La direction de la sanction », PA 9 mars 2009, p. 3.
- LE GAC-PECH S., « Principes généraux et droit prospectif », PA 24 juin 2011, p. 4.
- LEHMANN M., « Le projet Catala et le droit allemand », RDC 2007, p. 1427.
- LEQUETTE Y., « La résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », *Revue de Droit des Affaires de l'Université Panthéon-Assas*, n° 1, juin 2003, p. 149.
- LEQUETTE Y., « Recodification civile et prolifération des sources internationales », in *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, Paris, Dalloz, Juris-Classeur, 2004, p. 178.



- LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Etudes de Droit privé, Mélanges offerts à Paul DIDIER*, Paris, Economica, 2008, p. 247.
- LE TOURNEAU Ph., « La transposition en droit français de la directive du 25 mai 1999. Troisième thème : les droits de l'acheteur », JCP Cah. dr. entr., n° 1, supplément 2003, p. 12.
- LEVENEUR L., LÉCUYER H., « Exécution des obligations (art. 1152 à 1156-2) », in P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006, p. 52.
- LEVENEUR L., « Le forçage du contrat », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 69.
- LEVENEUR L., « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », CCC 2008, n° 10.
- LEVENEUR L., « Projet de la Chancellerie de réforme du droit des contrats : à améliorer », Contrats, conc. consom. n° 11, novembre 2008, repère 10.
- LOISEAU G., chron., JCP 2010, n° 42, 1040.
- LUCAS-PUGET A.-S., « La clause d'exécution forcée en nature », Contrats, conc., consom. 2013, n° 2, form. 3.
- MACKAAY E., « L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 31.
- MAINGUY D., « A propos de "l'affaire de la rétractation de la promesse de contracter" », JCP 2012, n° 27, 808.
- MAINGUY D., « L'efficacité de la rétractation de la promesse de contracter », RTD civ. 2004, p. 1.
- MAINGUY D., « L'efficacité de la rétractation de la promesse unilatérale de contracter », D. 2011, p. 1460.
- MAINGUY D., « Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats », D. 2009, p. 308.
- MAINGUY D., « De la légitimité des normes et de son contrôle », JCP 2011, n° 9, p.250.
- MÄSCH G., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat : le droit allemand », RDC 2013, p. 1637.
- MALAUURIE Ph., « Petite note sur le projet de réforme du droit des contrats », JCP 2008, I, 204.
- MALAUURIE Ph., « La prestation compensatoire (pratiques et enjeux) », PA 26 avril 2010, p. 7.
- MALAUURIE Ph., « L'interprétation des contrats : hier et aujourd'hui », JCP 2011, n° 51, 1402.

- MALAURIE Ph., « Le style des “Cours suprêmes” françaises – Une recherche constante de l'équilibre », JCP 2012, n° 23, 689.
- MALINVAUD Ph., « Le “contenu certain” du contrat dans l'avant-projet “chancellerie” de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux légumes », D. 2008, Point de vue, p. 2551.
- MARAIS A., « Le maintien forcé du contrat par le juge », PA 2 octobre 2002, p. 7.
- MARTENS P., L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité, in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques VELU*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 50.
- MARTIN X., « Anthropologie et Code Napoléon », Bulletin de la société française d'histoire des idées et d'histoire religieuse, 1984, p. 39.
- MARTIN X., « Nature humaine et Code Napoléon », Droits 1985, p. 117.
- MARTIN X., « Aux sources thermidorienues du Code civil. Contribution à une histoire politique du droit privé », Droits 1987, n° 6, p. 107.
- MARTIN X., « L'individualisme libéral en France autour de 1800 : essai de spectroscopie », Rev. hist. fac. droit 1987, p. 87.
- MARTIN X., « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », conférence donnée à la Cour de cassation le 11 octobre 2005 (consultable sur [http://www.courdecassation.fr/colloques\\_activites\\_formation\\_4/2005\\_2033/intervention\\_m.\\_martin\\_8155.html](http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2005_2033/intervention_m._martin_8155.html)).
- MARTIN-LEBIGRE A., « Juger dans la France moderne », in R. JACOB (dir.), *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes. Etudes d'histoire comparée*, Paris, LGDJ, 1996, p. 156.
- MAZEAUD D., « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Paris, Litec, 1999, p. 217.
- MAZEAUD D., « A propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les Principes d'Unidroit et de la Commission Lando », *Mélanges CABRILLAC*, Paris, Litec, 1999, p. 205.
- MAZEAUD D., « Constats sur le contrat, sa vie, son droit », PA 6 mai 1998, p. 8.
- MAZEAUD D., « Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats ? (bis sed non repetita) », in *Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris, Litec, 2007, p. 397.
- MAZEAUD D., « Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique. Rapport de synthèse présenté au 94<sup>e</sup> Congrès des notaires », Defrénois 1998, p. 1137.
- MAZEAUD D., « La réduction des obligations contractuelles », in Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 65.

- MAZEAUD D., « La réduction des obligations contractuelles », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 61.
- MAZEAUD D., « La commission Lando : le point de vue d'un juriste français », in C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *L'harmonisation du droit des contrats en Europe*, Paris, Economica, 2001, p. 141.
- MAZEAUD D., « La matière du contrat », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 81.
- MAZEAUD D., « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 395.
- MAZEAUD D., « La révision du contrat », PA 30 juin 2005, p. 4.
- MAZEAUD D., « La réforme du droit français des contrats : trois projets en concurrence », in *Liber Amicorum Christian LARROUMET*, Paris, Economica, 2009, p. 351.
- MAZEAUD D., « La politique contractuelle de la Cour de cassation », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ*, Paris, Dalloz, 2006, p. 374.
- MAZEAUD D., « La réforme du droit français des contrats », La lettre de France, (2010) 44 RJT 243.
- MAZEAUD D., « La réforme du droit français des contrats », La lettre de France, (2010) 44 RJT 243, p. 256.
- MAZEAUD D., « Le droit des obligations et l'efficacité économique », in S. BOLLÉE, Y.-M. LAITHIER, C. PÉRÈS (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Paris, Economica, 2010, p. 68.
- MAZEAUD D., « Le droit français, modèle pour les projets européens de droit des contrats (Quel avenir pour le modèle juridique français ?) », in R. CABRILLAC (dir.), *Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde ?*, Paris, Economica, 2011, p. 23.
- MAZEAUD D., « Le juge et le contrat – Variations optimistes sur un couple “illégitime” », *Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT*, Paris, Dalloz, 2005, p. 235.
- MAZEAUD D., « Le titre III du livre III du Code civil a-t-il un avenir européen ? », RDC 2011, p. 229.
- MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1 : *La sanction, entre technique et politique*, Paris, Dalloz, 2012, p. 240.

- MAZEAUD D., « Principes du droit européen du droit du contrat, projet de cadre commun de référence, principes contractuels communs. Trois codifications savantes, trois visions de l'avenir contractuel européen... », RTD eur. 2008, p. 726.
- MAZEAUD D., « Promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation a ses raisons... », D. 2011, p. 1457.
- MAZEAUD D., « Observations conclusives », RDC 2006, p. 177.
- MAZEAUD D., « Un droit européen en quête d'identité. Les Principes du droit européen du contrat », D. 2007, p. 2959.
- MAZEAUD D., « Rapport de synthèse », in G. WICKER (dir.), *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe, Quelles perspectives pour quel équilibre ?*, Actes du colloque organisé par le Centre d'étude et de recherche en droit des affaires et des contrats (CERDAC) le 19 septembre 2007, Paris, Litec, 2008, p. 77.
- MAZEAUD D., « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet ! », D. 2008, p. 2675.
- MAZEAUD D., « Réforme du droit des contrats », RDC 2009, p. 471.
- MAZEAUD D., « Sécurité juridique *versus* moralité contractuelle : affaire classée ? », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de M.-S. PAYET*, Paris, Dalloz, 2011, p. 439.
- MAZEAUD D., « Solidarisme contractuel et réalisation du contrat », in GRYNBAUM L., NICOD M. (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 59.
- MEKKI M., « Le nouvel essor du concept de clause contractuelle (1<sup>re</sup> partie) », RDC 2006, p. 1051.
- MEKKI M., in J. GHESTIN (dir.), *Observations sur le projet de réforme du droit des contrats*, PA 12 février 2009, p. 103.
- MEKKI M., « Hardship et révision des contrats. - 1. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », JCP 2010, n° 49, 1219.
- MEKKI M., « Hardship et révision des contrats. - 2. L'harmonisation souhaitable des conditions de la révision pour imprévision », JCP 2010, n° 50, 1257.
- MESTRE J., « Observations sur l'attitude du juge face aux difficultés d'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 91.
- MESTRE J., « Rapport de synthèse », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz,
- MESTRE J., « Rupture abusive et maintien du contrat », RDC 2005, p. 99.
- MESTRE J., « Propos conclusifs », RDC 2010, p. 506.
- MESTRE J., « Rapport de synthèse », in G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Paris, Dalloz, 2011, p. 94.
- MESTRE J., « L'enjeu civiliste », éditorial, RLDC 2011/85.

- MESTRE J., LAUDE A., « L'interprétation "active" du contrat par le juge », in *Le juge et l'exécution du contrat, Colloque IDA, Aix-en-Provence, 28 mai 1993*, Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 9.
- MESTRE J., « Le juge peut-il imposer une relation contractuelle à titre de réparation ? », *RJ com.* Juillet/Août 2013, n° 4, p. 303.
- MICHOUD L., « Etude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration », *Rev. gén. admin.* sept-déc. 1914, p. 11.
- MOLFESSIS N., « De la prétendue rétractation du promettant dans la promesse unilatérale de vente ou pourquoi le mauvais usage d'un concept inadapté doit être banni », *D.* 2012, p. 231.
- MOLFESSIS N., « Le principe de proportionnalité et l'exécution du contrat », *PA* 30 septembre 1998, p. 21.
- MOLFESSIS N., « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2001, p. 699.
- MOLFESSIS N., « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 37.
- MOLFESSIS N., « La jurisprudence supra-constitutionem », *JCP* 2010, n° 42, 1039.
- MORAND Ch.-A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », in *La pesée globale des intérêts : droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 41.
- MOTULSKY H., « Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D.* 1972, *chron.*, p. 91.
- MOURY J., « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit judiciaire privé) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 299.
- MUIR WATT H., « Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* », *Rev. crit. dr. internat. privé* 1998, p. 29.
- MUIR WATT H., « L'exécution du contrat dans un contexte international », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 789.
- MUIR WATT H., « Observations comparatives sur le Code civil », in Actes du colloque de Strasbourg, Palais de l'Europe, 21 et 22 octobre 2004, sur *Le Code civil et l'Europe : influences & modernité*, p. 23.
- NAJJAR I., « La potestativité. Notes de lecture », *RTD civ.* 2012, p. 601.
- NAVARRO J.-S., « Standards et règles de droit », *RRJ* 1988-4, p. 844.

- NECTOUX P., « La révision judiciaire des clauses pénales », JCP éd. C.I. 1978, II, 12801.
- NEISS Ph., « Le juge des référés et la résolution du contrat », PA 18 novembre 2010, p. 3.
- NÉRON S., « Le standard, un instrument juridique complexe », JCP 2011, n° 38, 1003.
- NERSON R., « Rapport introductif », in « *Nul ne peut se faire justice à soi-même* ». *Le principe et ses limites en droit privé*, TAHC, t. XVIII, Paris, Dalloz, 1969, p. 7.
- NEWMAN R. A., « La nature de l'équité en "droit civil" », RIDC 1964, p. 290.
- NIBOYET J.-P., « La révision des contrats par le juge. Rapport général », in *Travaux de la semaine internationale de droit*, t. II, Paris, Sirey, 1937, p. 1.
- NIVET F., « Equité et légalité », in *Justice et Equité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 161.
- OPPETIT B. , « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », in TAHC, t. XXII, Paris, Dalloz, 1975, p. 188.
- OPPETIT B., « L'affirmation d'un droit jurisprudentiel », in *Droit et modernité*, Paris, PUF, 1998, p. 65.
- ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », RRJ 1988-4, p. 1065.
- OSMAN F., « Le pouvoir modérateur du juge dans la mise en œuvre de la clause résolutoire de plein droit », Defrénois 1993, art. 35433, p. 79.
- OST F., « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in Ph. GÉRARD, M. van de KERCHOVE, F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 1.
- OST F., « Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 241.
- PAISANT G., « Introduction », in *Dossier : Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & Patrimoine mars 1998 (n° 58), p. 42.
- PANCRAZI M.-E. , obs. sous art. 9.401 PDEC, in PRIETO C. (dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p. 504.
- PERDRIAU A., « Le pragmatisme de la Cour de cassation », JCP 2001, I, 364.
- PERDRIAU A., « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », PA 15 novembre 2001, p. 8.
- PERES C., « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie (à propos de l'article 16, alinéa 2, du projet) », D. 2009, p. 381.
- PERRIN J.-F., « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? (Quelques réflexions concernant la dogmatique et la pratique judiciaire de l'article 4 du Code civil suisse) », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 201.

- PERROT R., « Rapport français », in *L'effectivité des décisions de justice*, TAHC, t. XXXVI, Paris, Economica, 1985, p. 105.
- PIAZZON Th., « La place de l'unilatéralisme : progrès ou danger ? », RDC 2012, p. 1459.
- PICARD E., « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006*, Palais du Luxembourg, p. 44 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)).
- PICOD Y., « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », D. 2011, p. 415.
- PIGNARRE G., « Vice réparé et action en résolution, nouveaux rebondissements : La liberté retrouvée de l'acquéreur d'exercer l'option conférée par l'article 1644 du code civil », D. 2000, p. 290.
- PIGNARRE G., « Les droits de l'acheteur dans la directive du 25 mai 1999 relative à la vente : actualité d'un texte communautaire à la veille de sa transposition », PA 27 octobre 2004, p. 5.
- PIGNARRE G. et L.-F., « L'inexécution essentielle et ses implications sur le sort du contrat dans la proposition de règlement », PA 24 décembre 2013, p. 48.
- POISSONNIER G., « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », Contrats, conc., consom. mai 2009, n° 5, p. 14.
- PORTALIS J.-E.-M., « Discours préliminaire », in P. A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, Paris, éd. Videcoq, 1836, p. 476.
- PRIGENT S., « Le dualisme dans l'obligation », RTD civ. 2008, p. 401.
- PUIG P., « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », RDC 2005, p. 85.
- RANIERI F., « La notion allemande de troubles dans l'exécution », in S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 48.
- RANIERI F., « L'influence du Code civil sur les codifications du 19<sup>e</sup> siècle : essor et déclin d'un modèle européen », in C. WITZ (dir.), *Le Bicentenaire du Code civil – 200 Jahre Code civil, Saarbrücker Kolloquium zum 50-jährigen Bestehen des CJFA*, Baden-Baden, Nomos, 2006, p. 55.
- RÉMY Ph., « La genèse du solidarisme », in L. GRYNBAUM, M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Paris, Economica, 2004, p. 3.
- RÉMY Ph., « L'inexécution du contrat », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 254.
- RÉMY Ph., « Réviser le titre III du livre troisième du Code civil ? », RDC 2004, p. 1169.
- RÉMY-CORLAY P., « Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005, p. 13.
- RÉMY-CORLAY P., « De la réparation », in F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, p. 191.
- RÉMY-CORLAY P., « La réduction du prix », in TERRÉ F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 267.

- RENOUX-ZAGAMÉ M.-F., « “Royaume de la loi” : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », in *Justice et Equité*, rev. *Justices* n° 9, 1998, p. 18.
- REVET Th., « L’obligation de motiver une décision contractuelle unilatérale, instrument de vérification de la prise en compte de l’intérêt de l’autre partie », *RDC* 2004, p. 579.
- REVET Th. , « Objectivation ou subjectivation du contrat. Quelle valeur juridique ? », in Ch. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), *La nouvelle crise du contrat*, Paris, Dalloz, 2003, p. 83.
- RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in Ch. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 39.
- RIALS S., « Ouverture : L’office du juge », *Droits* 1989, n° 9, p. 3.
- RIEG A., « Rapport français », in *L’interprétation par le juge des règles écrites (Journées Louisianaises)*, TAHC, t. XXIX, 1978 (Paris, Economica, 1980), p. 70.
- ROBERT J.-A., CHARLUTEAU Q., « La théorie de l’imprévision et le bouleversement économique dans les contrats industriels et commerciaux », *RLDC* 2009/62, n° 3515, p. 52.
- ROCHFELD J., « La proposition de réforme des sanctions de l’inexécution du contrat dans l’Avant-projet de réforme du Code civil français et l’influence européenne », in R. SCHULZE (dir.), *New Features in Contract Law*, München, Sellier, 2007, p. 198 .
- ROCHFELD J., « La rupture efficace », in Ch. JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, p. 169. ROCHFELD J., « Les droits potestatifs accordés par le contrat », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, Paris, LGDJ, 2000, p. 747.
- ROCHFELD J., *Les grandes notions du droit privé*, Paris, PUF, 2011, p. 154.
- ROCHFELD J., « Les modes temporels d’exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.
- ROCHFELD J., « Remarques sur les propositions relatives à l’exécution et à l’inexécution du contrat : la subjectivation du droit de l’exécution », *RDC* 2006, p. 113.
- ROCHFELD J., « Résolution et exception d’inexécution », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l’heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 213.
- ROETS D., « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », *D.* 1997, p. 92.
- ROUAST A., « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », *RTD civ.* 1944, p. 1.
- ROUBIER P., « La méthode depuis le Code civil de 1804 au point de vue de la technique juridique » (compte-rendu), in *La méthode depuis le Code civil de 1804, Travaux de la Semaine internationale de droit de Paris*, TAHC, t. VI, 1950, p. 51.
- ROUHETTE G., « La réforme du droit français des contrats en droit positif, Préface », *RDC* 2009, p. 271.



- ROUHETTE G., « Préface », RDC 2009, p. 265.
- ROWAN S., « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français : étude comparative », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 353.
- SACCO R., « Les problèmes d'uniformisation du droit », in L. VOGEL (dir.), *Droit global, Unifier le droit : le rêve impossible*, éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 9.
- SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », in *Justice et Equité*, rev. Justices n° 9, 1998, p. 109.
- SALUDEN M., « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal.* 29 mai 1984, p. 262.
- SALVAT O., « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ? », *Contrats, conc. consom.* 2006, comm. 18, n° 10, p. 12.
- SARGOS P., « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les garde-fous des excès du droit », *JCP* 2001, I, 306.
- SAUTONIE-LAGUIONIE L., « Le rôle du juge et des parties dans l'anéantissement du contrat en droit français », RDC 2013, p. 1643.
- SAVATIER R., « Rapport de synthèse », in *Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations*, TAHC, t. XVII, Paris, Dalloz, 1968, p. 429.
- SAVAUX E., « L'introduction de la révision ou de la résiliation pour imprévision – Rapport français », RDC 2010, p. 1063.
- SCHULZE R., « Le droit privé commun européen », RIDC 1995, p. 19.
- SCHULZE R., « Le nouveau Cadre commun de référence et l'acquis communautaire », RDC 2008, p. 922.
- SÉNÉCHAL J., « La garantie des désordres et des défauts non apparents dans la vente d'immeubles à construire : des concepts sous influences », RDI 2012, p. 43.
- SÉRIAUX A., « Réflexions sur les délais de grâce », RTD civ. 1993, p. 789.
- SEUBE J.-B., « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire : présentation générale », PA 5 mars 2009, p. 86.
- SIMLER Ph., « Sanctions (art. 1129 à 1133) », in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La Documentation française, 2006, p. 44.
- SIMON D., « L'interprétation des notions juridiques floues : dérive ou déviance de la normativité ? », in C. DUBOIN (dir.), *Dérives et déviations*, Paris, Le Publieur, 2005, p. 43.
- SOULEAU Ph., « La logique du juge », in *La logique judiciaire, 5<sup>e</sup> colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires (Paris, 18-20 mai 1967)*, Paris, PUF, 1969, p. 53.

- SOURIOUX J.-L. , « Le concept de principe général » (consultable sur [www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/sourioux.pdf](http://www.cedroma.usj.edu.lb/pdf/dencom/sourioux.pdf)).
- SPIEGEL N., « Obligation de livrer une chose conforme au regard de la Convention internationale de marchandises et délivrance des documents contractuels accessoires », D. 1997, p. 218.
- STIJNS S., « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », in *Droit des contrats. France, Belgique*, Bruxelles, Paris, Larcier, LGDJ, 2005, p. 91.
- STIJNS S., « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 513.
- STOFFEL-MUNCK Ph., « Le contrôle *a posteriori* de la résiliation unilatérale », in *Dossier : Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir*, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 70.
- STOFFEL-MUNCK Ph., « Réforme du droit des obligations : la force obligatoire du contrat en danger », Dalloz Actualité, Interview, 20 janvier 2014.
- TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », RTD civ. 1994, p. 223.
- TALLON D., « Le concept de bonne foi en droit français du contrat », *Conferenze e Seminari 15. Reproduced with permission of Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, diretto da M. J. BONELL* (consultable sur <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon1.html>).
- TALLON D., « Les Principes pour le droit européen du contrat : quelles perspectives pour la pratique ? », Defrénois 15 juin 2000, n° 11, p. 683.
- TENDLER R., « Le rôle de la volonté dans l'exécution des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 801.
- TENREIRO M., « La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation », REDC 1996, p. 208.
- TERRÉ F., « Rapport de synthèse », in *L'effectivité des décisions de justice*, TAHC, t. XXXVI, Paris, Economica, 1985, p. 7.
- TERRÉ F., « Sur l'image de la justice », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 121.
- TERRÉ F., « La réforme du droit français des contrats », D. 2008, Entretien, p. 2992.
- TERRÉ F., « La proportionnalité comme principe ? », JCP 2009, n° 25, p. 31.

- TERRÉ F., « Au nom du peuple français. Au dessus de l'autorité judiciaire, le peuple souverain », JCP 2010, n° 16, 457, p. 850.
- TERRÉ F., « Les mots et le droit », D. 2011, p. 152.
- TERRÉ F., « Les principes fondateurs du droit français des contrats », in *Principes fondateurs des droits français et russe*, Paris, Dalloz, 2011, p. 331.
- THÉRY Ph., « Rapport introductif : La notion d'exécution », in *L'exécution, XXIIIème Colloque des Instituts d'Etudes Judiciaires, Lyon, 19 et 20 novembre 1999*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 9.
- THÉRY Ph., « L'exécution forcée », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 235.
- THÉRY Ph., « Thèmes émergents », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, Société de législation comparée, 2010, p. 447.
- THILMANY J., « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé », RIDC 1980, p. 32.
- THOMASSET C., « Epilogue : l'actualité de François Gény et son œuvre », RTD civ. 2010, p. 279.
- TOURNAFOND O., « “Les deux métamorphoses du droit français”, Observations hétérodoxes d'un civiliste sur la double mutation du droit des obligations et des sources du droit », in *Etudes offertes au professeur Ph. Malinvaud*, Paris, LexisNexis Litec, 2007, p. 619.
- TOURNIER R., « Les techniques de motivation des décisions de justice », RLDC 2012/89, n° 4524.
- TROPER M., « Dossier Ronald Dworkin (1<sup>ère</sup> partie) », Droit et Société 1-1985, p. 30.
- TROPER M., « Réflexion philosophique et pratique juridique », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 235.
- TROPER M., « La liberté de l'interprète », in Actes du colloque – L'office du juge, 29-30 sept. 2006, Palais du Luxembourg, p. 28 (consultable sur [http://www.senat.fr/colloques/office\\_du\\_juge/office\\_du\\_juge.pdf](http://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.pdf)).
- TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », RIDC 1970, p. 251.
- TUNC A., « Standards juridiques et unification du droit », in *Livre du centenaire de la Société de législation comparée*, vol. II (*Evolution internationale et problèmes actuels du droit comparé*), Paris, LGDJ, 1971, p. 105.
- VILLEY M., « Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit », in *Etudes de logique juridique*, vol. II (*Droit et logique, les lacunes en droit*), Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 3.

- VINEY G., « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : études de droit comparé*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167.
- VINEY G., « L'apport du droit communautaire au droit français de la responsabilité civile », in *Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum Jean CALAIS-AULOY*, Paris, Dalloz, 2004, p. 1135.
- VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2009, p. 2944.
- VIRASSAMY G., « Les relations entre professionnels en droit français », in M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1996, p. 479.
- VOLKMAR M., « La révision des contrats par le juge en Allemagne », in *Travaux de la semaine internationale du droit*, t. II, Paris, Sirey, 1937, p. 17.
- WALINE M., « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean DABIN*, t. I, Bruxelles, Paris, Bruylant, Sirey, 1963, p. 359.
- WEBER J.-F., « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », Bull. inf. C. cass. n° 702 du 15 mai 2009, p. 10.
- WEBER J.-F., « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », RLDC 2012/89, n° 4521.
- WICKER G., « L'engagement du promettant : engagement au contrat définitif », RDC 2012, p. 649.
- WICKER G., « Propos introductifs », RDC 2013, p. 1579.
- WIEDERKEHR G., « Une notion controversée : l'action en justice », in *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, Dalloz, Lexis Nexis, 2006, p. 903.
- WINTGEN R., « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », RDC 2005, p. 217.
- WITZ C., « Révision judiciaire des contrats », chron. de droit allemand, RTD civ. 1994, p. 451.
- WITZ C., « La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations », D. 2002, p. 3156.
- WITZ C., « Traditions savantes et projets de codifications européennes », in C. OPHÈLE, Ph. RÉMY (dir.), *Traditions savantes et codifications*, Paris, LGDJ, 2007, p. 282.
- WITZ C., « Force obligatoire et durée du contrat », in P. RÉMY-CORLAY, D. FENOUILLET (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2003, p. 184.

- WITZ C., « La nullité extrajudiciaire dans les systèmes de tradition civiliste », in *De code en code, Mélanges en l'honneur du doyen G. Wiederkehr*, Paris, Dalloz, 2009, p. 861.
- ZIMMERMANN R., « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », RTD civ. 2007, p. 451.

## F. CONCLUSIONS, NOTES ET COMMENTAIRES DE JURISPRUDENCE

- AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., obs. sous Ch. mixte, 26 mai 2006, Droit & Patrimoine février 2009 (n° 178), p. 120.
- AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, Droit & Patrimoine février 2009 (n° 178), p. 121.
- AYNÈS L., MAZEAUD D., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 273.
- AYNÈS L., obs. sous Com., 10 juillet 2007, RDC 2007, p. 1107.
- AYNÈS L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, Defrénois 2011, p. 1023.
- BARBIER H., note sous Com., 28 mai 2013, n° 12-16861, RTD civ. 2013, 215.
- BEHAR-TOUCHAIS M., obs. sous Com., 3 novembre 2004, RDC 2005, p. 1130.
- BERNHEIM-DESVAUX S., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, JCP 2005, II, 10152.
- BILLEMONT J., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 9 décembre 2009, D. 2010, p. 476.
- BORGHETTI J.-S., note sous Com., 19 juin 2012, Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2012, RDC 2013, p. 101.
- BORGHETTI J.-S., note sous Com., 19 mars 2013, RDC 2013, p. 1360.
- BRUN Ph., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, RDC 2009, p. 143.
- BUY F., note sous Com., 3 mai 2012, JCP 2012, n° 26, 764.
- CHABAS C., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2008, JCP 2009, II, 10052.
- CHONÉ A.-S., note sous Com., 29 juin 2010, n° 09-67369, PA 24 décembre 2010, p. 7.
- COLLART DUTILLEUL F., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 6 avril 2004, RDC 2004, p. 969.
- COLLART DUTILLEUL F., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, RDC 2008, 1239.
- DAGORNE-LABBE Y., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 septembre 2013, JCP 2013, n° 48, 1237.
- DAIGRE J.-J., note sous Com., 22 février 2005, Revue des sociétés 2005, p. 625.
- DELEBECQUE Ph., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1987, D. 1988, jur., p. 1.
- DELEBECQUE Ph., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, somm., p. 115.
- DELPECH X., note sous Com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 1955.
- DELPECH X., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, D. 2010, p. 1279.
- DESHAYES O., obs. sous Com., 29 janvier 2013, RDC 2013, p. 907.
- DE LA VAISSIÈRE F., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008, AJDI 2009, p. 218.
- ESMEIN P., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 janvier 1953, JCP 1953, II, 7677.

- FAGES B., obs. sous Com., 10 juillet 2007, RTD civ. 2007, p. 773.
- FAGES B., obs. sous Com., 23 septembre 2008 et Com., 31 mars 2009, RTD civ. 2009, p. 320.
- FAGES B., obs. sous Paris, 28 janvier 2009, RTD civ. 2009, p. 529.
- FAGES B., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 9 décembre 2009, RTD civ. 2010, p. 105.
- FAGES B., obs. sous Civ. 2<sup>e</sup>, 8 septembre 2011, RTD civ. 2011, p. 762.
- FAGES B., obs. sous Com., 3 mai 2012, RTD civ. 2012, p. 527.
- FAGES B., obs. sous Com., 13 septembre 2011, RTD civ. 2011, p. 758.
- FAGES B., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, RTD civ. 2008, p. 475.
- FAUVARQUE-COSSON B., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, D. 2006, p. 2638.
- FAUVARQUE-COSSON B., obs. sous Com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2972.
- GARAUD E., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, RLDC 2004/2, n° 40.
- GAUDEMET A., note sous Com., 13 septembre 2011, D. 2012, p. 130.
- GAUTIER P.-Y., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 2002, RTD civ. 2003, p. 107.
- GAUTIER P.-Y., note sous Com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2844.
- GAUTIER P.-Y., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, RTD civ. 2011, p. 141.
- GAUTIER P.-Y. et MAINGUY D., notes sous Ch. mixte, 26 mai 2006, D. 2006, p. 1861.
- GENICON Th., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 25 mars 2009, RDC 2009, p. 1004.
- GENICON Th., note sous Com., 10 février 2009, Com., 30 juin 2009, Com., 15 septembre 2009, Civ. 1<sup>re</sup>, 24 septembre 2009, RDC 2010, p. 44.
- GENICON Th., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, RDC 2010, p. 825.
- GENICON Th., note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2485.
- GENICON Th., note sous Com., 15 novembre 2011, RDC 2012, p. 787.
- GENICON Th., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2012 et Com., 7 février 2012, RDC 2012, p. 773.
- GENICON Th., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, RDC 2013, p. 890.
- GHESTIN J., SERINET Y.-M., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 janvier 2012, JCP 2012, n° 15, 442.
- GOUT O., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, D. 2007, p. 1119.
- GRIMALDI C., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 6 septembre 2011 (inédit), D. 2011, p. 2838.
- GROSSER P., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 mars 2007, JCP 2007, I, 161.
- GROSSER P., obs. sous Com., 3 février 2009, JCP 2009, n° 16, I 138.
- GROSSER P., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 6 mai 2009, JCP 2009, n° 39, 273.
- GROSSER P., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2009, JCP 2009, n° 39, 273.
- GROSSER P., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, JCP 2010, n° 18, 516.
- GROSSER P., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, JCP 2013, n° 38, 974.
- HOUTCIEFF D., note sous Com., 10 juillet 2007, JCP 2007, II, 10154.
- HOUTCIEFF D., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2008, n° 07-17646, JCP 2009, II, 10000.
- JAMIN Ch., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, D. 1999, jur., p. 197.

- JAMIN Ch., BILLIAU M., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, D. 2001, p. 256.
- JAMIN Ch., note sous Nancy, 20 novembre 2000, JCP 2002, II, 10113.
- JAMIN Ch., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568.
- JOURDAIN P., obs. sous Com., 22 octobre 1996, D. 1997, p. 286.
- JOURDAIN P., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 28 septembre 2005, RTD civ. 2006, p. 129.
- LAITHIER Y.-M., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 21 mars 2012., RDC 2012, p. 763.
- LAITHIER Y.-M., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, RDC 2013, p. 888.
- LAITHIER Y.-M., note sous Com., 10 janvier 2012, n° 10-26837, RDC 2012, p. 782.
- LAITHIER Y.-M., note sous Com., 18 mars 2014, RDC 2014, p. 345.
- LASSERRE CAPDEVILLE J., note sous Com., 18 mars 2014, Gaz. Pal., 15 mai 2014, p. 14.
- LE BOURG J. et QUÉZEL-AMBRUNAZ Ch., note sous Com., 19 mars 2013, RDC 2013, p. 967.
- LE GALLOU C., obs. sous Com., 10 juillet 2012, RLDC 2012/97, n° 4802.
- LE GAC-PECH S., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 26 septembre 2012, PA 18 janvier 2013, p. 7.
- LEVENEUR L., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 2005, Contrats, conc. consom. 2005, comm. 129.
- LEVENEUR L., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, Contrats, conc. consom. 2006, comm. 99.
- LEVENEUR L., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 3 mai 2006, Contrats, conc. consom. 2006, comm. 185.
- LEVENEUR L., obs. sous Com., 10 juillet 2007, Contrats, conc. consom. 2007, comm. 294.
- LEVENEUR L., obs. sous Com., 10 novembre 2009, Contrats, conc. consom. 2010, comm. 36.
- LEVENEUR L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 octobre 2010, Contrats, conc., consom. 2011, comm. 2.
- LEVENEUR L., note sous Com., 1<sup>re</sup> février 2011, Contrats, conc. consom. 2011, comm. 111.
- LEVENEUR L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 26 mars 2013, Contrats, conc. consom. 2013, comm. 128.
- LEVENEUR L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, Contrats, conc., consom. 2011, comm. 186.
- LEVENEUR L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, Contrats, conc., consom. 2005, comm. 187.
- LEVENEUR L., note sous Ch. mixte, 26 mai 2006, Contrats, conc., consom. 2006, comm. 153.
- LEVENEUR L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 28 septembre 2005, Contrats, conc., consom. 2006, comm. 4.
- LIBCHABER R., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, Defrénois 2004, p. 378.
- LIBCHABER R., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, Bull. mensuel d'information des sociétés Joly, 1.11.2008, n° 11, p. 852.
- MAINGUY D., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1460.
- MATHEY N., note sous Com., 10 novembre 2009, Contrats, conc. consom. 2010, comm. 93.
- MATHEY N., note sous Com., 3 mai 2012, Contrats, conc. consom. 2012, comm. 173.
- MAZEAUD D., note sous Com., 16 janvier 1991, D. 1992, p. 365.

- MAZEAUD D., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1993, JCP 1995, I, 22366.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 1997, D. 1997, p. 475.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, Defrénois 1999, p. 374.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1999, Defrénois 2000, p. 248.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, D. 2001, p. 1137.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, D. 2001, p. 3239.
- MAZEAUD D., obs. sous Com., 25 avril 2001, D. 2001, p. 3237.
- MAZEAUD D., obs. sous Com., 2 juillet 2002, D. 2003, p. 93.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 28 octobre 2003, RDC 2004, p. 270.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, D. 2005, p. 1828.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, RDC 2006, p. 323.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, RDC 2006, p. 704.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, RDC 2007, p. 719.
- MAZEAUD D., obs. sous Com., 10 juillet 2007, RDC 2007, p. 1110.
- MAZEAUD D., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, RDC 2008, p. 734.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2008, RDC 2009, p. 820.
- MAZEAUD D., note sous Com., 18 novembre 2008, RDC 2009, p. 484.
- MAZEAUD D., note sous Com., 26 janvier 2010 et Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2010, D. 2010, p. 2178.
- MAZEAUD D., note sous Com., 29 juin 2010, D. 2010, p. 2481.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457.
- MAZEAUD D., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2011, D. 2011, p. 1457, p. 1460.
- MAZEAUD D., note sous Ch. mixte, 17 mai 2013, D. 2013, p. 1658.
- MEKKI M., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 2007, JCP 2007, I, 161.
- MESTRE J.; obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 1991, Bull. III, n° 102.
- MESTRE J., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 mai 1993, RTD civ. 1994, p. 353.
- MESTRE J., obs. sous Com., 22 octobre 1996, RTD civ. 1997, p. 123.
- MESTRE J., obs. sous Com., 11 février 1997, RTD civ. 1997, p. 654.
- MESTRE J., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 30 avril 1997, RTD civ. 1998, p. 98.
- MESTRE J., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, RTD civ. 1999, p. 394.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Cons. constit., 9 novembre 1999, RTD civ. 2000, p. 109.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 2000, RTD civ. 2001, p. 590.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, RTD civ. 2001, p. 363.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Com., 25 avril 2001, RTD civ. 2002, p. 99.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Com., 29 janvier 2002, Com., 6 mai 2002, Com., 2 juillet 2002, Paris, 5<sup>e</sup> ch. B, 2 mai 2002, RTD civ. 2002, p. 810.
- MESTRE J., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 17 janvier 1984, inédit, RTD civ. 1984, p. 711.



- MESTRE J., obs. sous Com., 27 mai 1986, RTD civ. 1987, p. 89.
- MESTRE J., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 15 décembre 1993 (Consorts Cruz), RTD civ. 1994, p. 588.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2005, RTD civ. 2005, p. 596.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 28 octobre 2003, RTD civ. 2004, p. 89.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Aix, 1<sup>re</sup> ch. B, 22 janvier 2004, RTD civ. 2004, p. 731.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 21 février 2006, RTD civ., 2006, p. 314.
- MESTRE J., FAGES B., obs. sous Com., 28 novembre 2006, RTD civ. 2007, p. 345.
- MESTRE J. et FAGES B., note sous Ch. mixte, 26 mai 2006, RTD civ. 2006, p. 550.
- MESTRE J. et FAGES B., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 28 septembre 2005, RTD civ. 2006, 311.
- NOBLOT C., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 28 septembre 2005, JCP 2006, II, 10010.
- ORTSCHEIDT P., note sous Colmar, 7 février 1975, D. 1978, jur., p. 169.
- PILLET G., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2008, JCP 2008, II, 10147.
- PILLET G., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 6 septembre 2011 (inédit), RLDC 2012/90, n° 4538.
- PILLET G., note sous Com., 19 mars 2013, JCP 2013, 705, RDC 2013, p. 967.
- PLANIOL M., note sous Civ., 14 mars 1900 (Whistler), DP 1900, 1, 497.
- PERDRIX L., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 6 septembre 2011 (inédit), JCP 2011, n° 48, 1316.
- PUECH M., note sous TGI Paris, 8 novembre 1973, D. 1973, p. 403.
- RAYMOND G., note sous Versailles, 7 janvier 2000, Contrats, conc. consom. 2000, comm. 120.
- RAYNARD J., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1998, RTD civ. 1998, p. 506.
- RONDEY C., obs. sous TI Nice, 7 novembre 2006, D. 2007, p. 441.
- SAVAUX E., note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2001, Defrénois 2001, p. 705.
- SAVAUX E. note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 29 janvier 2003, Bull. III, n° 23, Defrénois 2003, art. 37767-53.
- SAVAUX E., obs. sous Com., 10 juillet 2007, Defrénois 2007, p. 1454.
- SERINET Y.-M., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, RDC 2010, p. 935.
- SEUBE J.-B., note sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 janvier 2010, RDC 2010, p. 909.
- SEUBE J.-B., note sous Com., 29 juin 2010, Defrénois 2011, art. 39229-4, p. 813.
- SEUBE J.-B., obs. sous Com., 15 mars 2011, JCP E 2011, 1482.
- SEUBE J.B., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 27 novembre 2008, Bull. I, n° 269, RDC 2009, p. 613.
- SIGNAT C., note sous CJUE, 16 juin 2011, C-65/09 (Weber) et C-87/09 (Putz), PA 30 novembre 2011, p. 32.
- STEINMETZ F., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 5 décembre 1979, JCP 1981, II, 19605.
- STOFFEL-MUNCK Ph., obs. sous Lyon, 13 février 2003, Droit & Patrimoine mai 2004 (n° 126), p. 76.
- STOFFEL-MUNCK Ph., note sous Com., 10 juillet 2007, D. 2007, p. 2839.
- TOURNAFOND O., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 20 décembre 1994, D. 1996, somm., p. 9.

VINEY G., obs. sous Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, JCP 2004, I, n° 163.

VINEY G., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 27 mars 2013, RDC 2013, p. 903.

ZALEWSKI V., obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 13 juin 2006, AJDI 2006, p. 814.

## **RÉFÉRENCES EN LANGUE ALLEMANDE**

### **A. TRAITÉS, MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX**

BROX H., WALKER W.-D., *Zwangsvollstreckungsrecht*, 6. Aufl., Köln, Carl Heymanns Verlag, 1999.

CROME C., *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1900.

ENGISCH K., *Einführung in das juristische Denken*, 3. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 1964.

EMMERICH V., *Das Recht der Leistungsstörungen*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 2003.

FERID M., SONNENBERGER H. J., *Das französische Zivilrecht*, Bd. 1/1, 2. Aufl., Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft, 1994.

HECK Ph., *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1929.

HUBER U., *Handbuch des Schuldrechts, Leistungsstörungen*, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 1996.

KÖTZ H., *Vertragsrecht*, 2. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

LANGE H., SCHIEMANN G., *Handbuch des Schuldrechts (dir. J. GERNHUBER), Schadensersatz*, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd. : Allgemeiner Teil*, 14. Aufl., München, C.H. Beck, 1987.

LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts, BT, Bd. II/1*, 13. Aufl., München, Beck, 1986.

LARENZ K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, Springer-Verlag, 1991.

LARENZ K., WOLF M., NEUNER J., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl., München, C.H. Beck, 2012.

LANGE H., SCHIEMANN G., *Handbuch des Schuldrechts (dir. J. GERNHUBER), Schadensersatz*, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

LORENZ S., RIEHM Th., *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, C.H. Beck, 2002.

LOOSCHELDERS D., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 11. Aufl., München, Vahlen, 2013.

MAURER H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 17. Aufl., München, C.H. Beck, 2009.

MEDICUS D., *Allgemeiner Teil des BGB*, 10. Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

- MEDICUS D., *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13. Aufl., München, C.H. Beck, 2002.
- REINICKE D., TIEDTKE K., *Kaufrecht*, 8. Aufl., Köln, München, Carl Heymanns Verlag, 2009.
- SALADIN P., *Das Verwaltungsverfahren des Bundes. Das Recht in Theorie und Praxis*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1979.
- SAVIGNY F.-C., *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, Veit, 1840.
- SCHLECHTRIEM P., SCHMIDT-KESSEL M., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- SCHWARZE J., *Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2005.
- VAN DEN HÖVEL M., SCHNEIDER E., *Die Tenorierung im Zivilurteil*, 6. Aufl., München, Vahlen, 2014.
- VOGEL J., *Juristische Methodik*, New York, de Gruyter, 1998.
- ZIPPELIUS R., *Juristische Methodenlehre*, 9. Aufl., München, C.H. Beck, 2005.
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1996.

## **B. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES (DISSERTATIONEN, HABILITATIONSSCHRIFTEN)**

- AUER M., *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit. Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Diss. München, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005.
- BALDUS Ch., MÜLLER-GRAFF P.-Ch. (dir.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006.
- BEHRENS D., *Die Nachprüfbarkeit zivilrechtlicher Ermessensentscheidungen*, Diss. Kiel, Berlin, Duncker & Humblot, 1979.
- BÜLOW O., *Gesetz und Richteramt*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1885.
- BÜRGE A., *Rechtsdogmatik und Wirtschaft, Das richterliche Moderationsrecht beim sittenwidrigen Rechtsgeschäft im Rechtsvergleich – Bundesrepublik Deutschland – Schweiz – Österreich – Frankreich*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987.
- BÜRGE A., *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Habil., F.a.M., Klostermann, 1991.
- CANARIS C.-W., *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, München, C.H. Beck, 2002.
- CANARIS C.-W., *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., 1983.

- COING H., *Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800*, Bd. I: *Älteres Gemeines Recht*, München, C.H. Beck, 1985.
- ENGISCH K., *Die Einheit der Rechtsordnung*, Heidelberg, Winter, 1935.
- ERNST W., ZIMMERMANN R. (dir.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. Zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- ESSER J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, F.a.M., Athenäum, 1970.
- GEIGER K., *Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse*, Diss. Tübingen, Tübingen, Bözle, 1941.
- HABERMAS J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, F.a.M., Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft, 1998.
- HAGER G., *Rechtmethoden in Europa*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- HATTENHAUER Ch., *Einseitige private Rechtsgestaltung*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2011.
- HEDEMANN J. W., *Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1933.
- HELMREICH H., *Das Selbsthilfeverbot des französischen Rechts und sein Einfluß auf Gestaltungs- und Gestaltungsklagerecht*, Diss. München, Berlin, Duncker & Humblot, 1967.
- HOENIGER H., *Riskante Rechtsausübung. Ein Vorschlag zum Ausbau unserer Rechtspflege*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1917.
- HUBER P., in *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- HUBMANN H., *Wertung und Abwägung im Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1977.
- KANT I., *Die Metaphysik der Sitten*, 1797.
- KLEMMER M., *Gesetzesbindung und Richterfreiheit*, Baden-Baden, Nomos, 1996.
- LABENSKI G., *Nachbesserung beim Kauf im Rahmen der §§ 463, 480 Abs. 2 BGB*, Diss. Marburg, Marburg, Mauersberger, 1985.
- LESER G., *Der Rücktritt vom Vertrag : Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, Habil., Tübingen, Mohr, 1975.
- LESER G., *Der Rücktritt vom Vertrag : Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen*, Habil., Tübingen, Mohr, 1975.
- MEDICUS D., ROLLAND W., (dir.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2000.

- NEUFANG P., *Erfüllungszwang als « remedy » bei Nichterfüllung. Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zwangsweisen Durchsetzung vertragsgemäßen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland*, Diss. Freiburg (Breisgau), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.
- OGOREK R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Habil., Frankfurt, Klostermann, 1986..
- PACHE E., *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.
- RABEL E., *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. I und II, Berlin, Walter De Gruyter & Co., 1957 und 1958.
- RANIERI F., *Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3. Aufl., Wien, New York, Springer-Verlag, 2009.
- REMIEN O., *Rechtsverwirklichung durch Zwangsgeld : Vergleich, Vereinheitlichung, Kollisionsrecht*, Diss. Hamburg, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.
- REMIEN O. (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht. Zwischenbilanz und Perspektiven – Würzburger Tagung vom 27. und 28.10. 2006*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- REPGEN T., *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Diss. Köln, Paderborn, Schöningh, 1994.
- RIEHM Th., *Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung, Argumentation – Beweis – Wertung*, Diss. München, München, C.H. Beck, 2006.
- RIEHM Th., *Der Grundsatz der Naturalerfüllung*, Habil., (publication prévue pour octobre 2014 chez Mohr Siebeck).
- RIESENHUBER K. (dir.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 2. Aufl., Berlin, De Gruyter, 2010.
- RÖTHEL A., *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004.
- RÜTHERS B., *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 5. Aufl., Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1997.
- SAAGE E., *Vertragshilfegesetz*, Berlin et F.a. M., Vahlen, 1952.
- SCHNEIDER K., *Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches*, München, C.H. Beck, 1902.
- SCHOTT C., *“Rechtsgrundsätze” und Gesetzeskorrektur. Ein Beitrag zur Geschichte gesetzlicher Rechtsfindungsregeln*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975.
- SCHÜNEMANN W. B., *Selbsthilfe im Rechtssystem*, Habil., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1985.

- SIMON D., *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975.
- SKAMEL F., *Nacherfüllung beim Sachkauf. Zum Inhalt von Nachbesserung und Ersatzlieferung sowie deren Abgrenzung vom Schadensersatz*, Diss. Leipzig, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- STICKELBROCK B., *Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß*, Habil., Köln, Otto Schmidt, 2002.
- STOFFEL R., *Vertragsgestaltung durch richterliche Ermessensentscheidungen im Zivilprozess*, Diss. F.a.M., 1971.
- TITZE H., *Richtermacht und Vertragsinhalt*. Vortrag, gehalten in der Frankfurter Juristischen Gesellschaft am 14. März 1921, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1921.
- UNBERATH H., *Die Vertragsverletzung*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- VON BAR Ch., ZIMMERMANN R. (dir.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, München, Sellier. European Law Publishers, 2002 (parties I et II) et 2005 (partie III).
- VON CAEMMERER (dir.), *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, *Verhandlungen der Fachgruppe für Grundlagenforschung anlässlich der Tagung für Rechtsvergleichung in Wien vom 18. bis 21. September 1963*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964.
- WELLER M.-Ph., *Die Vertragstreue. Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue*, Habil., Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- WERNER F., *Das Problem des Richterstaates*. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 4. November 1959, Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1960.
- WESTERMANN H., *Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht*, Münster Westf., Verlag Aschendorff, 1955.
- WIDMER U., *Der richterliche Eingriff in den Vertrag*, Diss. Zürich, Zürich, aku-Fotodruck, 1971.
- WIEACKER F., *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Referat auf der Tagung der Deutschen Zivilrechtslehrervereinigung in Bad Dürkheim am 20.10.1955, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1956.
- WINDSCHEID B., *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf, Buddeus, 1856.
- WINDSCHEID B., *Die Actio – Abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, Düsseldorf, Julius Buddeus, 1857.
- WOLTER U., *Das Prinzip der Naturalrestitution in § 249 BGB. Herkunft, historische Entwicklung und Bedeutung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.

ZERRES Th., *Die Bedeutung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie für die Europäisierung des Vertragsrechts. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des deutschen und englischen Kaufrechts*, München, Sellier. European Law Publishers, 2007.

ZIMMERMANN R., *Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit ? Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge*, Diss. Hamburg, Berlin, Duncker & Humblot, 1979.

## **C. RAPPORTS OFFICIELS, PROJETS DE RÉFORME ET DE CODIFICATION**

BT-Drucks. 14/6040.

JAKOBS H. H., SCHUBERT W. (dir.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 1978.

*MOTIVE zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich*, Amtliche Ausgabe, Bd. I und II, 2. unveränderte Aufl., Berlin, Guttentag, 1896.

MUGDAN B., *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Bd. II, Berlin, Decker, 1899.

*PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. I, Berlin, Guttentag, 1897.

VON KÜBEL F. Ph., *Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 - Allgemeiner Teil*, Nachdruck, Berlin, New York, Walter de Gruyter & Co, 1980.

*Zusammenstellung der gutachtlichen Aeufferungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Bd. I, Osnabrück, Otto Zeller, 1967 (Neudruck der Ausgabe von 1890).

## **D. DICTIONNAIRES, LEXIQUES, ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES (KOMMENTARE)**

BASEDOW J., HOPT K., ZIMMERMANN R. (dir.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Bd. I und II, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

BEATER A., in *jurisPK-BGB*, Bd. 2, 5. Aufl., Saarbrücken, 2010, § 343.

BERGER Ch., in *Jauernig BGB*, 15. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 439.

CREIFELDS, *Rechtswörterbuch*, 21. Aufl., München, C.H. Beck, 2014.

- Deutsche Encyclopädie oder Allgemeines Real-Wörterbuch aller Künste und Wissenschaften*, 17. Bd., F.a.M., Varrentrapp Sohn und Wenner, 1793.
- DORN F., in *HKK-BGB*, Bd. II/1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, § 241.
- ELLENBERGER J., in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, Einf v § 145.
- EMMERICH V., in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, § 311.
- GOTTWALD P., in *Münchener Kommentar zum BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., München, C.H. Beck, 2012, § 343.
- GRUNEWALD B., in *Erman BGB*, 13. Aufl., 2011, § 441.
- GRÜNEBERG Ch., in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 343.
- GRÜNEBERG Ch., in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 241.
- HAFERKAMP H.-P., in *HKK-BGB*, Bd. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, §§ 226-231.
- HAFERKAMP H.-P., in *HKK-BGB*, Bd. II/1, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, § 242, n° 41.
- Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, Berlin, Schmidt, 1978.
- HATTENHAUER Ch., in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 323-325.
- HEINRICHS H., in *Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch*, 73. Aufl., München, C.H. Beck, 2014, § 230.
- HERMANN H.-G. , in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Mohr Siebeck Tübingen, 2007, §§ 336-345.
- HONSELL H., in *Staudinger BGB*, 12. Aufl., Berlin, Schweitzer, 1978, § 480.
- JANOSCHEK Ch., in *BAMBERGER/ROTH*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2<sup>e</sup> éd., München, C.H. Beck, 2007, § 343.
- KRAMER E., in *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. Aufl., München, C.H. Beck, 2007, § 241.
- KREBS P., in B. DAUNER-LIEB, W. LANGEN (dir.), *NomosKommentar, BGB Schuldrecht*, Bd. 2/1, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2012, § 241.
- LIEBS D., *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, 7. Aufl., München, C.H. Beck, 2007.
- LÖWISCH M., in *Staudinger BGB*, 2. Buch, Berlin, Sellier, 2001, Vorbem zu §§ 275-283.
- MEDICUS D., STÜRNER M., in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 8. Aufl., Köln, Luchterhand, 2013, § 343.
- MEYER-PRITZL R., in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 313-314.
- OLZEN D., in *Staudinger BGB*, Buch 2 : Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-243, 15. Aufl., Berlin, Sellier – de Gruyter, 2014, Einleitung.
- PAMMLER S., in *jurisPK- BGB*, Bd. 2., 6. Aufl., Saarbrücken, Juris, 2012, § 441.



- PFEIFFER Th., in *jurisPK-BGB*, Bd. 2, 6. Aufl., Saarbrücken, Juris, 2012, § 313.
- RAMSAUER U., *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 9. Aufl., München, C.H. Beck, 2005, § 40.
- REPGEN T., in *HKK-BGB*, Bd. II/2, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, §§ 362-371.
- RICHTER K., in K. TONNER, A. WILLINGMANN, M. TAMM (dir.), *Vertragsrecht Kommentar*, Köln, Luchterhand, 2010, § 439.
- RIEBLE V., in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 343
- RIEBLE V., in *Staudinger Kommentar BGB*, Buch II, Berlin, Sellier - de Gruyter, 2004, § 315.
- SCHAUB S., in *Erman BGB*, Kommentar, 12<sup>e</sup> éd., Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 2008, Vorb. §§ 339-345.
- SCHMIDT-KESSEL M., in H. PRÜTTING, G. WEGEN, G. WEINREICH, *BGB Kommentar*, 8. Aufl., Köln, Luchterhand, 2013, § 241 et § 275.
- SCHMOEKEL M., RÜCKERT J., ZIMMERMANN R. (dir.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- SCHMOEKEL M., RÜCKERT J., ZIMMERMANN R. (dir.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht : Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 1. Teilband : §§ 241-304, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- SCHMOEKEL M., RÜCKERT J., ZIMMERMANN R. (dir.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. II, Schuldrecht : Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 2. Teilband : §§ 305-432, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007.
- TEICHMANN A., in *Soergel BGB*, Bd. 2, 12. Aufl., Stuttgart, W. Kohlhammer, 1990, § 241.
- VON STAUDINGER J., *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Sellier - de Gruyter.
- VÖLZMANN-STICKELBROCK B., in *Juris PraxisKommentar BGB*, Bd. 2, 5. Aufl., Juris Saarbrücken, 2011, § 315.
- WESTERMANN H. P. , in *Erman BGB*, 11. Aufl., Köln, Dr. Otto Schmidt, 2004, § 343.
- WIEDEMANN H., in *Soergel BGB*, Bd. 2, 12. Aufl., Stuttgart, W. Kohlhammer, 1990, Vor § 275 und § 325.
- WOLF M., in *Soergel BGB*, Bd. 1, AT 1. §§ 1-103, 13. Aufl., Stuttgart, Kohlhammer, 2000, Einleitung zum BGB.
- ZIMMERMANN R., in *HKK-BGB*, Bd. I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, vor § 1.

## E. ARTICLES ET CHRONIQUES

- ACKERMANN Th., « Die Nacherfüllungspflicht des Stückverkäufers », JZ 2002, p. 378.
- ACKERMANN Th., « Erwiderung auf Canaris JZ 2003, 831 », JZ 2003, p. 1154.
- ALTHAMMER Ch., « Ius variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers », NJW 2006, p. 1179.
- AVENARIUS M., « Struktur und Zwang im Schuldvertragsrecht – Zur funktionellen Bedeutung des § 241 S. 1 BGB », JR 1996, p. 492.
- BACHOF O., « Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht », JZ 1955, p. 97.
- BALDUS Ch., « Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht – Zur Konkretisierung der “geringfügigen Vertragswidrigkeit” », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF (dir.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 15.
- BALTHASAR S., BOLTEN M., « Untergang der verkauften Sache : Unmöglichkeit oder Ersatzlieferungsanspruch ? », ZGS 2004, p. 411.
- BASEDOW J., « Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik », in R. ZIMMERMANN (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1999, p. 82.
- BAUR F., « Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. Ein Beitrag zum Wandel des Richteramts », JZ 1957, p. 193.
- BECKER M., « Gestaltungsrecht und Gestaltungsgrund », AcP 188 (1988), p. 24.
- BÖTTICHER E., « Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht », in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. DÖLLE*, Bd. I, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 41.
- BÖTTICHER E., *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 8. November 1963*, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1964.
- BROX H., ELSING S., « Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag », JuS 1976, p. 1.
- BROX H., « Richterliche Gestaltung privater Rechtsverhältnisse. Ein Beitrag zum Problem der richterlichen Vertragshilfe im Zivilprozeß », JR 1960, p. 322.
- BÜDENBENDER U., « Begründung von Gestaltungsrechten als Wirksamkeitsvoraussetzung ? », AcP 210 (2010), p. 611.

- BYDLINSKI F., « Möglichkeiten und Grenzen der Präzisierung aktueller Generalklauseln », in O. BEHREND, M. DIEßELHORST, R. DREIER (dir.), *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft, Symposium zum 80. Geburtstag von Franz WIEACKER*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1990.
- CANARIS C.-W., « Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen », JZ 2001, p. 499.
- CANARIS C.-W., « Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf », JZ 2003, p. 831.
- CANARIS C.-W., « Schlußwort », JZ 2003, p. 1156.
- CANARIS C.-W., « Teleologie und Systematik der Rücktrittsrechte nach dem BGB », in *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan KROPHOLLER zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 3.
- COING H., « Europäisierung der Rechtswissenschaft », NJW 1990, p. 937.
- DAUNER-LIEB B., « Die Nacherfüllung – Ein Irrweg ? », in O. REMIEN (dir.), *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht. Zwischenbilanz und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 192.
- DIKOFF L., « Die Abänderung von Verträgen durch den Richter », in *Festschrift für Justus Wilhelm HEDEMANN zum 60. Geburtstag*, Jena, Frommann, 1938, p. 179.
- DÖLLE H., *Juristische Entdeckungen : Festvortrag*, Tübingen, Mohr, 1958 (Aus : *Verhandlungen des 42. Juristentages in Düsseldorf 1957*, Bd. II).
- EHMKE H., « “Ermessen” und “unbestimmter Rechtsbegriff” im Verwaltungsrecht », *Recht und Staat* n° 230/31, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1960, p. 7.
- EICHEL F., « Minderung und kleiner Schadensersatz im Kauf- und Werkrecht », JuS 12/2011, p. 1064.
- EIDENMÜLLER H., FAUST F., GRIGOLEIT H. C., JANSEN N., WAGNER G., ZIMMERMANN R., « Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme – », JZ 2008, p. 537.
- ERNST W., « Die Verpflichtung zur Leistung in den Principles of European Contract Law und in den Principles of International Commercial Contracts », in J. BASEDOW (dir.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, J.C.B. Mohr (P. Siebeck), 2000, p. 129.
- ESSER J., « § 242 BGB und die Privatautonomie. Gedanken zu einem Vortrag von Franz Wieacker », JZ 1956, p. 555.
- ESSER J., « Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht », in *Summum Ius Summa Iniuria, Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1963, p. 22.
- ESSER J., « Vorwort », in *Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964.

- FLEISCHER H., « Europäische Methodenlehre : Stand und Perspektiven », Max Planck Private Law Research Paper n° 11/12, Online Publication in Social Science Research Network (<http://ssrn.com/abstract=1922689>).
- FLESSNER A., « Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung », ZEuP 1997, p. 255.
- FLESSNER A., « Der Geld-Erfüllungsanspruch im europäischen Vertragsrecht auf den Stufen zum Gemeinsamen Referenzrahmen », in *Tradition mit Weitsicht, Festschrift für Eugen BUCHER zum 80. Geburtstag*, Bern, Stämpfli, Zürich, Schulthess, 2009, p. 145.
- FLESSNER A., « Der Gemeinsame Referenzrahmen im Verhältnis zu anderen Regelwerken », ZEuP 2007, p. 115.
- FLESSNER A., « Geldersatz und Naturalherstellung im europäischen Vertragshaftungsrecht », in *Aufbruch nach Europa, 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 141.
- FRIEHE H. A., « Die Setzung der unangemessenen kurzen Nachfrist im CISG mit einem Ausblick auf das BGB (Teil 1). Ein Beitrag zum System der Rechtsbehelfe im CISG und der Leistungsstörungen im BGB », IHR 2010, p. 234.
- GAUL H. F., « Rechtsverwirklichung durch Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzlicher und rechtsdogmatischer Sicht », ZZP 1999, p. 135.
- GÖPPINGER H., « Das Ermessen des Richters », JurJb 9. Bd. 1968/69, p. 86 et s.
- GROß Ch., « Gemeinsames Europäisches Kaufrecht – “Moderner Ansatz oder praxisferne Vision ?” », EuZW 2012, p. 522.
- GRUBER U. P., « Das drohende Ende der Stückschuld », JZ 2005, p. 712.
- GRUNDMANN S., HOERNING A., « Leistungsstörungsmodelle im Lichte der ökonomischen Theorie – nationales, europäisches und internationales Recht », in Th. EGER, H.-B. SCHAEFER (dir.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, Beiträge zum X. Travemünder Symposium zur ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 420.
- GRUNDMANN S., « Leistungsstörungsmodelle im Deutschen und Europäischen Vertragsrecht – insbesondere Zurückweisung der charakteristischen Leistung », in *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Bd. I, München, Beck, 2007, p. 307.
- GRUNDMANN S., « Zukunft des Vertragsrechts », in *Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin. Geschichte, Gegenwart und Zukunft*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 2010, p. 1035.
- GSELL B., « Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz », JZ 2004, p. 643.
- HASSEMER W., « Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik », *Rechtstheorie* 39 (2008), p. 12.

- HEINRICHS H., « Die Transformation des Erfüllungsanspruchs in einen Schadensersatzanspruch nach deutschem Recht. Eine Skizze der Neuregelung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes », ERCL 3/2006, p. 342.
- HEINRICHS H., « Vertragsanpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage. Eine Skizze der Anspruchslösung des § 313 BGB », in *Festschrift für Andreas HELDRICH zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2005, p. 190.
- HELLWEGE Ph., « Allgemeines Vertragsrecht und “Rechtsgeschäfts”-lehre im Draft Common Frame of Reference (DCFR) », AcP 211 (2011), p. 665.
- HERMAN S., « Pacta sunt servanda trifft auf den Freien Markt », ZfRV 2005, p. 94.
- HERRESTHAL C., « § 2 Vertragsrecht », in K. LANGENBUCHER (dir.), *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2008, p. 41.
- HERRESTHAL C., « Die Einheit des Privatrechts in der europäischen Integration – Palladion oder Relikt einer vergangenen Epoche? », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 139.
- HERRESTHAL C., « Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach dem Vorschlag der Kaufrechts-Verordnung », in H. SCHULTENÖLKE, F. ZOLL, N. JANSEN, R. SCHULZE (dir.), *Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht*, München, Sellier. European law publishers, 2012, p. 4.
- HESS B., « Richterliches Ermessen im Zivilprozess. Die Rechtslage in Deutschland. Nationalbericht für die Konferenz der World Association of Procedural Law in Gent 2000 », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 400.
- HIRSCH G., « Auf dem Weg zum Richterstaat? Vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit », JZ 2007, p. 854.
- HIRSCH G., « Zwischenruf. Der Richter wird's schon richten », ZRP 5/2006, p. 161.
- HOLZHAMMER R., « Das zivilrechtliche Ermessen », in *Festschrift für Hans W. FASCHING zum 65. Geburtstag*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 229.
- HONSELL H., « Die Einheit der Rechtsordnung », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008*, Stuttgart, Richard Boorberg Verlag, 2009, p. 11.
- HUBER P., « Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht », NJW 2002, p. 1005.
- HUBER U., « Das geplante Recht der Leistungsstörungen », in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (dir.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 152.
- J.-Cl. Civ., Art. 1184, Fasc. 20, n° 31. Article 1656 C. civ.
- HUBER U., « Schadensersatz statt der Leistung », AcP 210 (2010), p. 319.

- JUNG P., « Die Generalklausel im deutschen und französischen Vertragsrecht », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 40.
- KEGEL G., « Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn ? (Geschäftsgrundlage, Vertragshilfe, Leistungsverweigerungsrecht) », *Gutachten für den 40. Deutschen Juristentag*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1953, p. 227.
- KIRCHHOF P., « Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt », in *Richterliche Rechtsfortbildung. Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen, Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1986, p. 11.
- KLEINSCHMIDT J., « Das neue französische Verjährungsrecht. Grundlinien der Reform und wesentliche Neuerungen », *RIW* 2008, p. 590.
- KÖHLER H., « Die Lehre von der Geschäftsgrundlage als Lehre von der Risikobefreiung », in *50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. I, C.H. Beck, München, 2000, p. 296.
- KÖHLER H., « Zur Nachbesserung beim Kauf », *JZ* 1984, p. 393.
- LANDO O., « Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs und die Grundregeln des europäischen Vertragsrechts », *RabelsZ* 2003, p. 231.
- LEIBLE S., « Rechtsbehelfe bei Nichterfüllung », in R. SCHULZE, Ch. VON BAR, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 97.
- LORENZ S., « Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers : Zur Reichweite des "Rechts zur zweiten Andienung" », *NJW* 2006, p. 1175.
- LORENZ S., « Vertragserhaltung im Kaufrecht », in R. KANZLEITER, W. KÖSSINGER, H. GRZIWOTZ (dir.), *Festschrift für Hans WOLFSTEINER zum 70. Geburtstag am 29. November 2007*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2008, p. 121.
- LÜTTRINGHAUS J. D., « Verhandlungspflichten bei Störung der Geschäftsgrundlage. Ein Beitrag zur Dogmatik und Durchsetzung von Anpassungsanspruch und Verhandlungspflichten nach § 313 Abs. 1 BGB », *AcP* 213 (2013), p. 286.
- LURGER B., « Überblick über die Judikaturentwicklung zu ausgewählten Fragen des CISG – Teil II », *IHR* 2005, p. 221.
- MAGNUS U., « Der Tatbestand der Pflichtverletzung », in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 67.
- MEDICUS D., « "Geld muß man haben". Unvermögen und Schuldnerverzug bei Geldmangel », *AcP* 188 (1988), p. 489.

- MEDICUS D., « Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzung », in J. BASEDOW (dir.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, p. 90.
- PETERS F., « Kein gesetzlicher Nachbesserungsanspruch des Käufers ? », JZ 1978, p. 92.
- PIEPER H., « Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung », JuS 1962, p. 409 (1. Teil) et p. 459 (2. Teil).
- PUTTFARKEN H.-J., SCHNIER J., « Der Code Napoléon damals und heute – Eine Betrachtung aus deutscher Sicht », ZVglRWiss. (105) 2006, p. 238.
- RANIERI F., « 200 Jahre Code civil. Die Rolle des französischen Rechts in der Geschichte des europäischen Zivilrechts oder zum Aufstieg und Niedergang eines europäischen Kodifikationsmodells », in W. SCHUBERT, M. SCHMOECKEL (dir.), *200 Jahre Code civil : die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, Köln, Böhlau, 2005, p. 87.
- REMIEN O., « Zweck, Inhalt, Anwendungsbereich und Rechtswirkung des Gemeinsamen Referenzrahmens : Eine erste Analyse des Standpunktes des Justizministerrates vom 18.4.2008 », GPR 3/2008, p. 124.
- RIEHM Th., « Irrungen und Wirrungen zur Fristsetzung und ihrer Entbehrlichkeit. Die Konsequenzen der Änderung des § 323 II BGB », NJW 2014, p. 2065.
- RIESENHUBER K., « § 1 Privatrechtsgesellschaft : Leistungsfähigkeit und Wirkkraft im deutschen und Europäischen Recht », in K. RIESENHUBER (dir.), *Privatrechtsgesellschaft. Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, p. 9.
- RIESENHUBER K., « Wettbewerb für das Europäische Vertragsrecht », JZ 2011, p. 537.
- RITTNER F., « Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration », JZ 1995, p. 849.
- RITTNER F., « Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters im deutschen Recht », in Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p.21.
- ROTH H., « Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht », JZ 1989, p. 411.
- ROTH H., « Stückkauf und Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache », NJW 2006, p. 2953.
- RÖTHEL A., « Die Konkretisierung von Generalklauseln », in K. Riesenhuber (dir.), *Europäische Methodenlehre*, 2.Aufl., Berlin, De Gruyter, 2010.
- RÜCKERT J., « Abwägung – die juristische Karriere eines unjuristischen Begriffs oder : Normenstrenge und Abwägung im Funktionswandel », JZ 2011, p. 913.
- RÜCKERT J., « Der neue Richter : Weimar und die Folgen », Kritische Justiz 1997, p. 434.

- RÜMELIN G., « Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht », in *Reden gehalten in der Aula am 6. Mai 1891 bei der öffentlichen Feier der Übergabe des Prorektorats der Universität Freiburg*, Freiburg, Lehmann, 1891, p. 23.
- RÜMELIN M., « Die Billigkeit im Recht », *Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 7. November 1921*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1921.
- RÜTHERS B., « Gesetzesbindung oder freie Methodenwahl ? – Hypothesen zu einer Diskussion », *ZRP* 2/2008, p. 50.
- RÜTHERS B., « Trendwende im BVerfG ? Über die Grenzen des “Richterstaates” », *NJW* 2009, p. 1461.
- RÜTHERS B., « Wozu auch noch Methodenlehre ? Die Grundlagenlücken im Jurastudium », *JuS* 2011, p. 865.
- RÜTTEN W., « Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis », in H. LANGE (dir.), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1993, p. 939.
- SCHLECHTRIEM P., « Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung », in *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001 (Das neue Schuldrecht)*, Stuttgart, Boorberg, 2001, p. 27.
- SCHLEGELBERGER F., « Vertragsgestaltung durch den Richter », in *Erwin BUMKE zum 65. Geburtstage*, Berlin, v. Decker, de Gruyter, Vahlen, 1939, p. 1.
- SCHLOSSER P., « Gestaltungsklage und Gestaltungsurteil im System der Rechtsschutzformen », *Jura* 1986, p. 132.
- SCHMIDT-RÄNTSCH J., « Zehn Jahre Schuldrechtsreform », *ZJS* 3/2012, p. 309.
- SCHOLLMMEYER M., « Die zeitlich unbestimmte Frist in §§ 281, 323 BGB. Zugleich Besprechung von BGH, Versäumnisurt. v. 12.8.2009 – VIII ZR 254/08, ZGS 2009, 504 », *ZGS* 2009, p. 493.
- SCHOTT C., « Aequitas Cerebrina », in *Rechtshistorische Studien. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern*, Köln, Wien, Böhlau, 1977, p. 132.
- SCHROETER U. G., « Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts », *AcP* 207 (2007), p. 36.
- SCHULTE-NÖLKE H., « Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer », *NJW* 2009, p. 2161.
- SCHULZE R., « Pluralismus der Rechte und Konvergenz des Rechtsdenkens – Zur geschichtlichen Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze », in H.-D. ASSMANN, G. BRÜGGEMEIER, R. SETHE (dir.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens, Grundlagen und Schwerpunkte des Privatrechts in europäischer Perspektive*, Bd. 3, Baden-Baden, Nomos, 2001, p. 9.



- SCHWARTZE A., « Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung », ZEuP 2000, p. 544.
- SECKEL E., « Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts », in *Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin zum fünfzigjährigen Dienstjubiläum ihres Vorsitzenden, des Wirklichen Geheimen Rats Richard KOCH*, Berlin, Liebmann, 1903, p. 205.
- SIMON D., « Vom Rechtsstaat in den Richterstaat ? », consultable sur <http://www.rechtswirklichkeit.de>.
- SKAMEL F., « Nacherfüllung und Schadensersatz beim Einbau mangelhafter Sachen », NJW 2008, p. 2820.1
- STAUDENMAYER D., « Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf », NJW 1999, p. 2393.
- STÖBER M., « Der Umfang der Nachlieferungspflicht des Verkäufers bei Einbau der mangelhaften Kaufsache durch den Käufer », ZGS 2011, p. 350.
- STOLL H. , « Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen », JZ 2001, p. 590.
- STÜRNER R., « Das Zivilrecht der Moderne und die Bedeutung der Rechtsdogmatik », JZ 2012, p. 10.
- THOLE Ch., « *Erfüllung und Erfüllungssurrogate im Zwangsvollstreckungsrecht* », JURA 8/2010, p. 605.
- THOLE Ch., « Die Haftung bei unberechtigten Nacherfüllungsverlangen und sonstigen Fällen von schädigender Rechtsverfolgung », AcP 209 (2009), p. 498.
- TROIANO S., « Die Generalklausel in Kontinentaleuropa : Erwartungen an die deutsche Rechtswissenschaft – Dogmatik », in Ch. BALDUS, P.-Ch. MÜLLER-GRAFF, *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht*, München, Sellier. European Law Publishers, 2006, p. 81.
- WAGNER G., « Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen », ZEuP 2007, p. 183.
- WEISS A., « Neujustierung im Rücktrittsrecht », NJW 2014, p. 1212.
- WELLER M.-Ph., « Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR – ein kritischer Vergleich », JZ 2008, p. 764.
- WESTERMANN H., « Die richterliche Ermessensentscheidung als Erscheinung des materiellen Rechts », relaté par F. SCHWARZ, AcP 152 (1952/53), p.445.
- WESTERMANN H., *Diskussionsbeitrag, in Ermessensfreiheit und Billigkeitsspielraum des Zivilrichters*, F.a.M., Berlin, Metzner, 1964, p.114.

- WIEACKER F., « Richtermacht und privates Rechtsverhältnis. Eine Übersicht über den Stand der Problematik im Privatrecht » (1938), in Ch. WOLLSCHLÄGER (dir.), *Zivilistische Schriften (1934-1942)*, F.a.M., Vittorio Klostermann, 2000, p. 263.
- ZIMMER D., « Das geplante Kaufrecht », in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (dir.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, p. 191.
- ZÖCHLING-JUD B., « Rechtsbehelfe des Käufers im Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts », in M. SCHMIDT-KESSEL (dir.), *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht ? Eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, München, Sellier. European law publishers, 2012, p. 327.

## F. JURISPRUDENCE

- BVerfG. 1. Senat, 18.12.1953, 1 BvL 106/53 (Gleichberechtigung), BVerfGE 3, p. 225.
- BVerfG 1. Senat, 14.2.1973 (Beschluss), 1 BvR 112/65 (Soraya), BVerfGE 34, p. 269.
- BVerfG 1. Senat (Beschluss), 17.4.1991, 1 BvR 419/81, 1 BvR 213/83 (Neubewertung von Prüfungsleistungen, juristische Prüfung), BVerfGE 84, p. 34.
- BAG 5. Senat, 12.10.1961, 5 AZR 423/60, NJW 1962, p. 268.
- BAG 5. Senat, 1.10.1963, 5 AZR 24/63, NJW 1964, p. 123.
- RG 2. Zivilsenat, 13.10.1905, II 57/05, RGZ 61, p. 348.
- RG 5. Zivilsenat, 15.11.1905, V 163/05, RGZ 62, p. 66.
- RG 2. Zivilsenat, 17.5.1907, II 45/07, RGZ 66, p. 153.
- RG 3. Zivilsenat, 7.5.1915, III 578/14, RGZ 86, p. 397.
- RG 3. Zivilsenat, 26 mai 1922, III 558/21, JW 1922, p. 910.
- RG 3. Zivilsenat, 21.9.1920, III 143/20, RGZ 100, p. 129.
- RG 2. Zivilsenat, 3.2.1922 II 640/21, RGZ 103, p. 328.
- BGH 4. Zivilsenat, 21.2.1952, IV ZR 103/51, NJW 1952, p. 778.
- BGH 1. Zivilsenat, 13.3.1953, I ZR 136/52, BB 1953, p. 301.
- BGH 5. Zivilsenat, 14.7.1953, V ZR 72/52, NJW 1953, p. 1585.
- BGH 8. Zivilsenat, 21.1.1958, VIII ZR 119/57, JZ 1958, p. 245.
- BGH 5. Zivilsenat, 31.1.1967, V ZR 125/65, BGHZ 47, p. 48.
- BGH 5. Zivilsenat, 19.11.1971, V ZR 103/69, NJW 1972, p. 152.
- BGH 8. Zivilsenat, 16.9.1974, VIII ZR 116/72, NJW 1974, p. 2089.
- BGH 5. Zivilsenat, 25.3.1977, V ZR 48/75, NJW 1978, p. 213.

- BGH 5. Zivilsenat, 14.10.1977, V ZR 253/74, NJW 1978, p. 695.
- BGH 7. Zivilsenat, 15.6.1978, VII ZR 15/78, NJW 1978, p. 1853.
- BGH 1. Zivilsenat, 29.9.1978, I ZR 107/77, NJW 1979, p. 217.
- BGH 8. Zivilsenat, 8.6.1983, VIII ZR 77/82, NJW 1983, p. 2873.
- BGH 8. Zivilsenat, 11.1.1984, VIII ZR 255/82, BGHZ 89, p. 296.
- BGH 5. Zivilsenat, 21.6.1985, V ZR 134/84, NJW 1985, p. 2640.
- BGH 5. Zivilsenat, 7.2.1986, V ZR 176/84, BGHZ 97, p. 147.
- BGH 1. Zivilsenat, 29.3.1990, I ZR 2/89, NJW 1990, p. 2889.
- BGH 2. Zivilsenat, 14.1.1991, II ZR 190/89, NJW 1991, p. 1052.
- BGH 1. Zivilsenat, 16.5.1991, I ZR 218/89, NJW 1992, p. 750.
- BGH 2. Zivilsenat, 24.6.1991, II ZR 268/90, NJW-RR 1991, p. 1248.
- BGH 9. Zivilsenat, 18.11.1993, IX ZR 256/92, NJW-RR 1994, p. 317.
- BGH 8. Zivilsenat, 3.4.1996, VIII ZR 51/95, BGHZ 132, p. 298.
- BGH 1. Zivilsenat, 4.7.1996, I ZR 101/94, BGHZ 133, p. 281.
- BGH 12. Zivilsenat, 28.11.2001, XII ZR 197/99, NJW-RR 2002, p. 730.
- BGH 8. Zivilsenat, 22.1.2003, VIII ZR 244/02, NJW 2003, p. 1246.
- BGH 8. Zivilsenat, 20.10.2004, VIII ZR 246/03, NZM 2005, p. 143.
- BGH 8. Zivilsenat, 23.02.2005, VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219.
- BGH 2. Zivilsenat, 21.3.2005, II ZR 310/03, NJW 2005, p. 1784.
- BGH 12. Zivilsenat, 6.4.2005, XII ZR 225/03, BGHZ 163, p. 1.
- BGH 5. Zivilsenat, 20.1.2006, V ZR 124/05, NJW 2006, p. 1198.
- BGH 12. Zivilsenat, 10.5.2006, XII ZR 124/02, BGHZ 167, p. 312.
- BGH 5. Zivilsenat, 12.5.2006, V ZR 97/05, NJW 2006, p. 2843.
- BGH 8. Zivilsenat, 7.6.2006, VIII ZR 209/05, NJW 2006, p. 2839.
- BGH (Beschluss) 5. Zivilsenat, 8.12.2006, V ZR 249/05, NJW 2007, p. 835.
- BGH 8. Zivilsenat, 18.4.2007, VIII ZR 182/06, NJW 2007, p. 2177.
- BGH 4. Zivilsenat (Beschluss), 19.12.2007, IV AR (VZ) 6/07, NJW-RR 2008, p. 717.
- BGH 8. Zivilsenat, 15.7.2008, VIII ZR 211/07, NJW 2008, p. 2838.
- BGH 1. Zivilsenat, 17.7.2008, I ZR 168/05, NJW 2009, p. 1882.
- BGH Kartellamt (Beschluss), 14.8.2008, KVR 42/07 (Rheinhessische Energie), ZNER 2008, p. 222.
- BGH 8. Zivilsenat, 5.11.2008, VIII ZR 166/07, NJW 2009, p. 508.
- BGH 5. Zivilsenat, 16.1.2009, V ZR 133/08, BGHZ 179, p. 238.
- BGH 8. Zivilsenat, 12.8.2009, VIII ZR 254/08, NJW 2009, p. 3153.
- BGH 7. Zivilsenat, 14.1.2010, VII ZR 106/08, NJW 2010, p. 1282.
- BGH 8. Zivilsenat, 10.3.2010, VIII ZR 310/08, NJW 2010, p. 1448).
- BGH Senat für Notarsachen (Beschluss), 22.3.2010, NotZ 21/09, ZNotP 2010, p. 314.

BGH Kartellamt (Beschluss), 5.10.2010, EnVR 49/09 (Gasnetzzugangentgelte), ZNER 2011, p. 44.

BGH 5. Zivilsenat, 5.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, p. 1217.

BGH 3. Zivilsenat, 13.1.2011, III ZR 87/10, BGHZ 188, p. 71.

BGH 5. Zivilsenat, 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, p. 2953.

BGH 8. Zivilsenat, 29.6.2011, VIII ZR 202/10, NJW 2011, p. 2872.

BGH 5. Zivilsenat, 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139.

BGH 8. Zivilsenat, 21.12.2011, VIII ZR 70/08, BGHZ 192, p. 148

BGH 7. Zivilsenat, 14.6.2012, VII ZR 148/10, BGHZ 193, p. 315.

BGH 7. Zivilsenat, 11.10.2012, VII ZR 179/11, NJW 2013, p. 370.

BGH 8. Zivilsenat, 17.10.2012, VIII ZR 226/11, BGHZ 195, p. 135.

BGH 8. Zivilsenat, 6.2.2013, VIII ZR 374/11, NJW 2013, p. 1365.

BGH 5. Zivilsenat, 4.4.2014, V ZR 275/12, BGHZ 200, p. 350.

BVerwG 3. Senat, 21.12.1995, 3 C 24/94, BVerwGE 100, p. 221.

OLG Braunschweig (Beschluss) 8. Zivilsenat, 4.2.2003, 8 W 83/02, NJW 2003, p. 1053.

OLG Düsseldorf 5. Zivilsenat, 24.6.2010, I-5 U 135/09, 5 U 135/09, BauR 2011, p. 1002.

Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken 8. Zivilsenat, 4.10.2012, 8 U 391/11-106, 8 U 391/11, NJW 2012, 3731.

LG Ellwangen 3. Zivilkammer, 13.12.2002, 3 O 219/02, NJW 2003, p. 517.

LG Frankfurt, 2. Zivilkammer, 16.4.1975, 2/1 S 4/75, NJW 1975, p. 1519.

### **III. RÉFÉRENCES EN LANGUE ANGLAISE**

#### **A. TRAITÉS, MANUELS, OUVRAGES GÉNÉRAUX**

BEALE H., FAUVARQUE-COSSON B., RUTGERS J., TALLON D., VOGENAUER S., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 2<sup>d</sup> ed., Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010.

MARKESINIS B., UNBERATH H., JOHNSTON A., *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2<sup>d</sup> ed., Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2006.

- TREITEL G. H., *Remedies for breach of contract. A comparative account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- TREITEL G. H., *The Law of Contract*, 11<sup>e</sup> éd., 2003.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta & Co Ltd, 1992.
- ZWEIGERT K., KÖTZ H., *An Introduction to Comparative Law*, trad. T. WEIR, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, Clarendon, 1998.

## **B. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES**

- CASSESE S., *When Legal Orders Collide : The Role of Courts*, Sevilla, Editorial Derecho Global – Global Law Press, 2010.
- DWORKIN R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1977.
- GRUNDMANN S., MAZEAUD D. (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006.
- HESSELINK M. W., *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2002.
- MAK V., *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law*, Oxford, Hart, 2009.
- STORME M., HESS B. (dir.), *Discretionary Power of the Judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003.
- TREITEL G. H., *Doctrine and Discretion in the Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co Ltd, Cape Town, 1992.
- 4<sup>th</sup> *European Jurists' Forum, 4. Europäischer Juristentag, 4<sup>ème</sup> Journée des Juristes Européens, Proceedings – Sammelband – Actes du Congrès*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008.

## **C. RAPPORTS OFFICIELS, PROJETS DE RÉFORME ET DE CODIFICATION**

VON BAR Ch., CLIVE E. (dir.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, vol. 1-6, Munich, Sellier. European law publishers, 2009.

## **D. DICTIONNAIRES, LEXIQUES, ENCYCLOPÉDIES, RÉPERTOIRES**

- BLOMEYER A., *Types of Relief Available (Judicial Remedies)*, IECL, vol. XVI. *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1953.
- KERAMEUS K. D., *Enforcement Proceedings*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XVI : Civil Procedure, chap. 10, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- TREITEL G. H., *Remedies for breach of contract (courses of action open to a party aggrieved)*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VIII, part 2, chap. 16.

## **E. ARTICLES ET CHRONIQUES**

- AUER, M., « The Structure of Good Faith. A Comparative Study of Good Faith Arguments », Online Publication in Social Science Research Network ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=945594](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=945594)).
- BONELL M. J. , « European Contract Law and the Development of Contract Law Worldwide », in *4<sup>ème</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 94.
- CLIVE E., « Termination : the divorce of contract law ? », RDC 2009, p. 919.
- DAWSON J., « Specific Performance in France and Germany », *Michigan Law Review* (1959) 57, p. 495.
- FAUST F., WIESE V., « Specific Performance – A German Perspective », in J. SMITS, D. HAAS, G. HESEN (dir.), *Specific Performance in Contract Law : National and Other Perspectives*, Antwerpen, Intersentia, 2008, p. 47.

- HESSELINK M. W. , « The Principles of European Contract Law : Some Choices Made By The Lando Commission », in *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 121.
- FAUVARQUE-COSSON B., « The Contribution of European Jurists in the Field of Contract Law », in *4<sup>ème</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 155.
- GORDLEY J., « The Abuse of Rights in Civil Law Tradition », R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER (dir.), *Prohibition of Abuse of Law. A New General Principle of EU Law ?*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2011, p. 33.
- GRUNDMANN S., « The Future of Contract Law », ERCL 4/2011, p. 490.
- HARTKAMP A., « Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands », 40 *American Journal of Comparative Law* 1992, p. 551.
- HESS B., « Judicial Discretion », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 45.
- HESSELINK M. W., « The Principles of European Contract Law : Some Choices Made By The Lando Commission », in *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, The Hague, Kluwer Law International, 2002, p. 124.
- HESSELINK M., « Non-Mandatory Rules in European Contract Law », ERCL 1/2005, n° 1, p. 44.
- HOWELLS G., TWIGG-FLESNER Ch., « Much ado about nothing ? The Implementation of Directive 99/44/EC into English Law », in M. SCHERMAIER (dir.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, Sellier. European Law Publishers, 2003, p. 303.
- JANSEN N., « Doctrinal Definition, Policy, and Legitimacy : Some Critical Remarks on the Draft Common Frame of Reference », RDC 2009, p. 814.
- JANSEN N., ZIMMERMANN R., « “A European Civil Code in all but name”. Discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference », *Cambridge Law Journal* 69 (2010), p. 98.
- LAITHIER Y.-M., « Comparative Reflections on the French Law of Remedies for Breach of Contract », in N. COHEN, E. McKENDRICK (dir.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2005, p. 103.
- LANDO O., « International Trends : Requirements concerning the quality of movables goods and remedies for defects under the Principles of European Contract Law », in S. GRUNDMANN, D.
- LANDO O., « Non-Performance (Breach) of Contracts », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 2004, p. 505.
- LANDO O., « On Legislative Style and Structure », ERPL 2006, p. 483.

- LANDO O., « Termination For Breach of Contract in the CISG, the Principles of European Contract Law, the Unidroit Principles of International Commercial Contracts and Chinese Law », in *The Future of European Contract Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, p. 195.
- LANDO O., « The Structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR) », ERCL 3/2007, p. 245.
- LANDO O., « Which contract Law for Europe and for the World », RDC 2009, p. 768.
- LANDO H., ROSE C., « On the enforcement of specific performance in Civil Law countries », *International Review of Law and Economics* 24 (2004), p. 478.
- LURGER B., « The “Social” Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>e</sup> éd., Kluwer Law International, Ars Aequi Libri, 2004, p. 292.
- MAGNUS U., « CISG and CESL », in *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, Djøf. Publ., 2012, p. 225.
- MOMBERG R., « Change of circumstances under the Common European Sales Law », IHR 2013, p. 7.
- REMIEN O., « Enforced Performance in European Contract Law – The Story of the Poor Banabans and the Hope for Happier Europeans », in K. BOELE-WOELKI, F. W. GROSHEIDE (dir.), *The Future of European Contract Law, Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, p. 321.
- RÖSLER H., « Hardship in German Codified Private Law – In Comparative Perspective to English, French and International Contract Law », ERPL 4-2007, p. 483.
- SEFTON-GREEN R., « The implementation of the directive on guarantees in France », in M. SCHERMAIER (dir.), *Verbraucherkauf in Europa. Altes Gewährleistungsrecht und die Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG*, München, Sellier. European Law Publishers, 2003, p. 225.
- SCHULZE R., WILHELMSSON Th., « From the Draft Common Frame of Reference towards European Contract Law Rules », ERCL 2/2008, p. 154.
- SHETREET S., « The Discretionary Power of the Judge. General Report – Part Two », in M. STORME, B. HESS (dir.), *Discretionary power of the judge : Limits and Control*, Mechelen, Kluwer, 2003, p. 75.
- STEYN J., « The Intractable Problem of Interpretation of Legal Texts », (2003) 25 *Sydney Law Review*, p. 5.
- TALLON D., « Chapter 27 – Hardship », in *Towards a European Civil Code*, 3<sup>rd</sup> ed., Kluwer Law International, 2004, p. 501.



- TREITEL G. H., « Doctrine and Discretion in the Law of Contract », An Inaugural Lecture delivered before the University of Oxford on 7 March 1980, Oxford, Clarendon Press, 1981.
- WHITTAKER S. , « Theory and Practice of the “General Clause” in English Law : General Norms and the Structuring of Judicial Discretion », in S. GRUNDMANN, D. MAZEAUD (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 57.
- WHITTAKER S., « A “period of grace” for contractual performance ? », in *Liber Amicorum Guido ALPA. Private Law Beyond the National Systems*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 1100.
- WILHELMSSON Th., « The Contract Law *Acquis* : Towards More Coherence Through Generalisation ? », in *4<sup>ème</sup> Journée des Juristes Européens, Actes du Congrès 2007*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008, p. 140.

## Index alphabétique

---

*(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)*

### A

Abus de droit :

- Droit discrétionnaire : 66
- Juge : 665 et s.

Acte unilatéral réceptice : 611, 634

Action réhibitoire : 574 et s.

Adéquate (sanction) : 34, 680 et s.

Ancien droit français : 392

*Anpassung des Vertrages* : V. révision du contrat

*Anspruch* : 279

Astreinte : 35, 308 et s.

Avant-contrat : 317 et s.

Avant-projet de réforme :

- Catala : 12, 353, 396, 452, 489, 503, 628
- Chancellerie : 12, 169, 171 et s., 543, 585 et s., 629
- Terré : 12, 169, 250, 349 et s., 474, 489, 503, 525 et s., 630

### B

*Beurteilungsspielraum* : 8, 105, 106 et s., 133, 682, 696 et s.

Bonne foi :

- moralisation : 256 et s.

## C

Caducité : 482 et s., 488

Caractère judiciaire :

- délai de grâce : 383 et s.
- résolution : 532

Clause :

- d'exécution forcée en nature : 327 et s.
- générale : 103, 145 et s., 607
- pénale : 39, 197 et s.
- résolutoire : 391 et s.

Code de procédure pénale : 42

Concrétisation : 100

Création du droit : 126 et s.

## D

Délai de grâce : 383 et s.

Délai de préavis : 601, 633

Délai supplémentaire d'exécution, V. Délai de grâce et *Nachfrist*

Discrétionnaire

- contrôle restreint : 109 et s.
- droit : 66 et s.
- libre choix : 7, 42
- motivation (dispense) : 33 et s.
- V. Pouvoir

Doctrines des intérêts : 92

Droit administratif : 57 et s., 65 et s.

Droit comparé :

- fonction : 18
- méthode : 23

Droit : 233 et s.

- formateur : 641
- potestatif : 641, 655

Dualisme : 98 et s.

*Dualismus* : V. Dualisme

## **E**

Efficacité : 263 et s.

Equité : 75 et s.

- générale : 75 et s.
- individuelle : 81 et s.

*Ermessen (richterliches)* : 99 et s.

Exécution (forcée) en nature : 273 et s.

- exécution corrective : 365 et s.
- impossibilité : 347 et s.

## **F**

Force majeure : 432

Force obligatoire du contrat : 336 et s., 551 et s.

## **G**

*Gestaltungsrecht* : 588, 589 et s.

*Gestaltungsklagerecht* : 588, 595 et s.

*Gnadenfrist* : V. Délai de grâce

## **I**

Immixtion : V. Pouvoir

*Imperium* : 306 et s.

Impossibilité : V. Exécution (forcée) en nature

Indétermination : 57 et s.

Inexécution du contrat :

- inexécution essentielle : 609 et s.

Interprétation : V. Pouvoir

Intuition : 87 et s.

## J

Juge :

- des référés : 675 et s.
- salvateur : 442 et s.
- serviteur : 436 et s.

*Jurisdictio* : 306 et s.

Justice personnelle (*Selbsthilfe*) : 538 et s.

## L

*Leistungsstörung* : 13 et s.

## M

Maintien forcé du contrat : 668 et s.

Manquement résolutoire : 557 et s.

Marge d'appréciation : V. *Beurteilungsspielraum*

Mise en demeure : 632 et s.

Motivation :

- décision judiciaire : 33 et s.
- décision unilatérale : 637 et s.

## N

*Nachfrist* : 598 et s.

*Nemo praecise cogi ad factum* : 287 et s.

Notification : 634 et s.

Notion-cadre : 55 et s.

Notion discrétionnaire : 137 et s.

Notion juridique indéterminée : 99 et s.

Nul ne peut se faire justice à soi-même : 534 et s.

## **P**

Pouvoir :

- arbitraire : 69 et s., 444
- d'appréciation : 51
- de réduction : 197 et s.
- de réfaction : 504 et s.
- de remettre en cause le choix du créancier : 260 et s.
- de résiliation : 393, 449, 451 et s.
- de résolution : 531 et s.
- de révision : 449, 450 et s.
- de sanction : 233 et s.
- de substitution : 423 et s., 564 et s.
- d'interprétation : 100 et s., 155 et s.
- d'immixtion : 6, 9 et s., 267
- discrétionnaire : 7, 25 et s., 532 et s.
- d'ordonner l'exécution en nature : 275 et s.
- facultatif : 7, 205 et s.
- limité : 316 et s.
- modérateur : 9, 195 et s.
- souverain d'appréciation : 34 et s.

Principes directeurs : 166 et s.

## **R**

Réduction du prix : 521 et s.

Réfaction du contrat : V. Pouvoir

Remède : 233 et s.

Réparation en nature : 354 et s.

Résiliation : V. Pouvoir

Résolution : 528 et s.

- judiciaire : 531 et s.
- unilatérale : 597 et s.

Révision : 381 et s.

- en cas d'imprévision : 433 et s.
- en cas d'inexécution : 494 et s.

*Rücktritt* :

- V. résolution
- V. *Nachfrist*
- *einseitiger* (V. résolution unilatérale)
- *richterlicher* (V. résolution judiciaire)

**S**

Sanction : 233 et s.

- V. pouvoir

**U**

*Unbestimmter Rechtsbegriff* : 99 et s.

Unité du droit : 160 et s.

**V**

Valeurs :

- le juste : 255 et s.
- l'utile : 262 et s.

*Vertragsstrafe* : V. clause pénale

## Table des matières

---

*(Les numéros renvoient aux pages)*

<b>Principales abréviations</b>	<b>7</b>
<b>Sommaire</b>	<b>13</b>
<b>Introduction</b>	<b>14</b>
<b>I. Les pouvoirs du juge en question</b>	<b>14</b>
1) Renouvellement des méthodes : la question de la mesure du pouvoir d'appréciation du juge	18
2) Remise en cause de la conception française du rôle du juge dans le contrat : la relativisation de la distinction entre pouvoir de sanction et pouvoir d'immixtion	25
<b>II. La notion d'inexécution contractuelle</b>	<b>31</b>
<b>III. Le droit comparé : fonction, méthode et enjeux européens</b>	<b>40</b>
<b>PREMIÈRE PARTIE - LA NOTION DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE</b>	<b>54</b>
<b>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - LE CHOIX D'UN CRITÈRE DE DÉFINITION</b>	<b>57</b>
SECTION I - LE CRITÈRE RETENU EN DROIT FRANÇAIS : LA DISPENSE DE MOTIVATION DE LA DÉCISION JUDICIAIRE (L'APPROCHE PROCÉDURALE)	59
§ 1. POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET POUVOIR SOUVERAIN D'APPRÉCIATION	59
§ 2. INCONVÉNIENTS DE LA DÉFINITION PROCÉDURALE RESTRICTIVE	61
SECTION II - LE CRITÈRE RETENU EN DROIT ALLEMAND : LA LIBERTÉ DE CHOIX DE L'EFFET JURIDIQUE (L'APPROCHE CONCEPTUELLE ET MÉTHODOLOGIQUE)	62
§ 1. ESSENCE ET STRUCTURE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE	62
A. LA DÉFINITION RETENUE PAR LA DOCTRINE ALLEMANDE	62
B. CERTAINS RECOUPEMENTS AVEC LA DOCTRINE FRANÇAISE	64
§ 2. « ABSORPTION » DU POUVOIR SOUVERAIN D'APPRÉCIATION PAR LE CONCEPT ALLEMAND	66
§ 3. AVANTAGES DU CONCEPT ALLEMAND DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE	67
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE PRÉLIMINAIRE</b>	<b>72</b>



<b>TITRE I - LE FLOTTEMENT TERMINOLOGIQUE EN DROIT FRANÇAIS</b>	<b>76</b>
<b>CHAPITRE I - L'ASSOCIATION DES NOTIONS-CADRE AU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE</b>	<b>78</b>
SECTION I - CONVERGENCE DES ENSEIGNEMENTS EN DROIT CIVIL ET ADMINISTRATIF	78
§ 1. L’AFFIRMATION DE L’INTERDÉPENDANCE ENTRE « INDÉTERMINATION » ET « DISCRÉTION » EN DROIT ADMINISTRATIF	78
§ 2. L’AFFIRMATION DE L’INTERDÉPENDANCE ENTRE « INDÉTERMINATION » ET « DISCRÉTION » EN DROIT CIVIL	81
SECTION II - UNE ASSOCIATION LIÉE À LA PRÉPONDÉRANCE DU CRITÈRE DE CONTRÔLE DE LA DÉCISION	84
§ 1. EXEMPLARITÉ DE LA THÈSE DE GABRIEL MARTY	85
§ 2. PARALLÉLISME AVEC LE DROIT ADMINISTRATIF	86
§ 3. PARALLÉLISME AVEC LES DROITS DITS « DISCRÉTIONNAIRES »	87
§ 4. SYNTHÈSE : L’ « IMPASSE » SUBSÉQUENTE	89
<b>CHAPITRE II - L'ASSOCIATION DES NOTIONS-CADRE AU POUVOIR ARBITRAIRE DU JUGE</b>	<b>92</b>
SECTION I - LE POIDS DE L’HISTOIRE	92
§ 1. EVOLUTION DE LA NOTION DE POUVOIR ARBITRAIRE	92
§ 2. L’ « ÉQUITÉ ARBITRAIRE » DES ANCIENS PARLEMENTS	96
A. L’ÉQUITÉ « GÉNÉRALE »	97
1. Première lecture : une remise en cause du primat de la loi	98
2. Seconde lecture : un corollaire nécessaire à l’obéissance de la loi	101
3. Synthèse : l’opposition entre interprétation arbitraire et syllogisme	104
B. L’ÉQUITÉ « INDIVIDUELLE »	107
SECTION II - UN DISCOURS TOUJOURS VIVACE	110
§ 1. EXEMPLES TIRÉS DU DROIT POSITIF	111
§ 2. LES NOTIONS-CADRE OU LE TRIOMPHE DE L’INTUITION SUR LA LOGIQUE	115
A. UNE THÈSE LARGEMENT RÉPANDUE	116
B. UNE THÈSE CONTESTABLE	118
1. La « doctrine des intérêts » (Interessenjurisprudenz)	118
2. Le travail de précision au fil du temps	122
<b>CONCLUSION DU TITRE PREMIER – LE SPECTRE DE L’ARBITRAIRE DU JUGE : UN PRÉTEXTE ?</b>	<b>125</b>
<b>TITRE II - LE « DUALISME » DU DROIT ALLEMAND</b>	<b>127</b>
<b>CHAPITRE I - LA DISTINCTION STRICTE OPÉRÉE ENTRE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE ET NOTION JURIDIQUE INDÉTERMINÉE : PRÉSENTATION D’UNE THÉORIE</b>	<b>128</b>
SECTION I - LA CONCRÉTISATION DES NOTIONS JURIDIQUES INDÉTERMINÉES : UN ACTE D’INTERPRÉTATION ET DE « COMPLÈTEMENT DE LA LOI »	129
§ 1. MÉTHODE DU JUGE	129

§ 2. EFFET DU JUGEMENT _____	133
<b>SECTION II - LA RECONNAISSANCE D'UNE « MARGE D'APPRÉCIATION » AU PROFIT DU JUGE : LA THÈSE DU « BEURTEILUNGSSPIELRAUM » _____</b>	<b>135</b>
§ 1. SIGNIFICATION DU TERME « BEURTEILUNGSSPIELRAUM » EN DROIT ADMINISTRATIF _____	136
A. NAISSANCE DU TERME _____	136
B. UN TERME SIGNIFICATIF D'UN CONTRÔLE RESTREINT DE LA DÉCISION PRISE EN APPLICATION D'UNE NOTION INDÉTERMINÉE _____	140
§ 2. SIGNIFICATION DU TERME « BEURTEILUNGSSPIELRAUM » EN DROIT CIVIL ____	146
A. UN POUVOIR SOUVERAIN DES JUGES DU FOND LIÉ À LA PRÉPONDÉRANCE DES APPRÉCIATIONS D'ORDRE FACTUEL _____	148
1. Eingeschränkte Revisibilität vs. Beurteilungsspielraum _____	149
2. Appréciation _____	150
a) Application pure et simple des principes administratifs par la jurisprudence civile ____	150
b) Cas de figure relevant d'une logique propre au droit civil _____	152
B. RECONNAISSANCE D'UNE FACULTÉ DE CHOIX AU PROFIT DU JUGE ? _____	153
1. Parenté du « Beurteilungsspielraum » avec le pouvoir discrétionnaire (Ermessen) _____	154
2. Concrétisation des notions indéterminées et travail de création du droit _____	159
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE _____</b>	<b>166</b>
<b>CHAPITRE II - LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DU DUALISME : LA CRITIQUE DU « DOCTRINARISME » _____</b>	<b>168</b>
SECTION I - LA CRITIQUE DU « DUALISME » AU PLAN THÉORIQUE _____	169
§ 1. REMISE EN CAUSE DU « DUALISME » AU PLAN NATIONAL _____	169
A. LES ENSEIGNEMENTS DES ANCIENS _____	169
1. Les « notions discrétionnaires » (Ermessensbegriffe) du BGB _____	170
2. L'influence du droit français sur la naissance des « clauses générales » allemandes ____	173
3. L'appel des Anciens _____	180
B. LES ENSEIGNEMENTS DE LA MÉTHODOLOGIE JURIDIQUE RÉCENTE _____	182
1. L'interprétation comme pur acte de volonté _____	183
a) Le choix de la méthode d'interprétation par le juge _____	184
b) La théorie « réaliste » de l'interprétation _____	188
c) La synthèse réalisée par l' « Ecole belge » _____	192
2. La remise en cause de l' « unité » du droit _____	194
a) Le postulat de l' « unité » du droit en Allemagne _____	195
b) Le postulat de l' « unité » du droit en France _____	197
§ 2. REMISE EN CAUSE DU « DUALISME » AU PLAN EUROPÉEN _____	200
A. LA PLURALITÉ DE VALEURS OU LA PROBLÉMATIQUE DES « PRINCIPES DIRECTEURS » _____	201
1. La formulation de principes directeurs : un exercice déjà difficile au plan national ____	202
2. Les difficultés particulières et les enjeux spécifiques en droit européen des contrats ____	209

a) Un catalogue de « principes fondamentaux » trop vaste _____	209
(i) Le catalogue retenu par le PCCR _____	209
(ii) Le catalogue retenu par les travaux français _____	212
b) Un choix nécessaire qui est loin d'être neutre _____	217
<b>B. L'ABONDANCE DES NOTIONS INDÉTERMINÉES ET LA CRAINTE DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE _____</b>	<b>223</b>
1. Une simple commodité de langage ? _____	224
2. Des raisons plus profondes _____	226
<b>SECTION II - LA CRITIQUE DU « DUALISME » AU PLAN PRATIQUE _____</b>	<b>232</b>
§ 1. CONDITIONS LÉGALES DU POUVOIR DE RÉDUCTION DE LA CLAUSE PÉNALE ____	234
A. LE CAS SPÉCIFIQUE DES DISPOSITIONS DITES « COUPLÉES » (KOPPELUNGSVORSCHRIFTEN) _____	235
B. LA FORCE DE LA TRADITION _____	240
C. UNE LATITUDE DE JUGEMENT RÉELLE MAIS RÉDUITE _____	241
§ 2. CARACTÈRE FACULTATIF OU NON DU POUVOIR DE RÉDUCTION DU JUGE ____	244
A. DROIT FRANÇAIS _____	246
B. DROIT ALLEMAND _____	249
C. DROIT EUROPÉEN _____	250
§ 3. MESURE DU POUVOIR DE RÉDUCTION JUDICIAIRE _____	251
<b>CONCLUSION DU TITRE SECOND - SYNTHÈSE : UNE DISTINCTION UTILE MALGRÉ LES DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DANS CERTAINS CAS _____</b>	<b>257</b>
<b>CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE : SYNTHÈSE ET DÉFINITION ADOPTÉE POUR LA SUITE DE L'ÉTUDE _____</b>	<b>262</b>

## ***DEUXIÈME PARTIE - LES POUVOIRS DU JUGE DANS LES SUITES DE L'INEXÉCUTION \_\_\_\_\_*** **270**

<b>CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - TENDANCES GÉNÉRALES _____</b>	<b>273</b>
SECTION I - DE LA « SANCTION » AUX « REMÈDES » ET « DROITS » : L'IMPORTANCE DES MOTS _____	274
§ 1. L'IMPACT DU CHANGEMENT TERMINOLOGIQUE _____	275
A. UNE CERTAINE DÉCULPABILISATION _____	276
B. UNE REDISTRIBUTION DES RÔLES ENTRE LE JUGE ET LES PARTIES _____	277
§ 2. COMPARAISON DES DROITS _____	278
A. DROIT EUROPÉEN _____	278
B. DROIT ALLEMAND _____	281
1. L'impact sur la forme du droit _____	281
2. L'impact sur le fond du droit _____	282
C. DROIT FRANÇAIS _____	285
SECTION II - L'ESPACE DE LIBERTÉ LAISSÉ AU JUGE : L'IMPORTANCE DES VALEURS _____	287
§ 1. LE JUSTE : LA MORALISATION DES SUITES DE L'INEXÉCUTION _____	289

A. LE MOUVEMENT DE MORALISATION DES SUITES DE L'INEXÉCUTION ET LA JUDICIARISATION SUBSÉQUENTE _____	289
B. LE POUVOIR DU JUGE DE REMETTRE EN CAUSE LE CHOIX DU CRÉANCIER ____	292
§ 2. L'UTILE : L'IMPÉRATIF D'EFFICACITÉ ÉCONOMIQUE _____	294
A. EFFICACITÉ ET EFFACEMENT DU JUGE DANS LE JEU DES SUITES DE L'INEXÉCUTION _____	294
B. EFFICACITÉ ET IMMIXTION DU JUGE DANS LE CONTRAT _____	297
<b>TITRE I – L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE _____</b>	<b>300</b>
<b>CHAPITRE I - POUVOIR DU JUGE D'ORDONNER L'EXÉCUTION EN NATURE _____</b>	<b>303</b>
SECTION I - UN POUVOIR FERMEMENT ÉTABLI EN DROIT ALLEMAND _____	304
§ 1. LE CARACTÈRE CONTRAIGNANT DU DROIT DE CRÉANCE OU DE LA « PRÉTENTION » ALLEMANDE (ANSPRUCH) _____	306
A. LE RAPPORT D'OBLIGATION, FONDEMENT DU DROIT À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE _____	306
B. « LA PRÉTENTION » (ANSPRUCH), CONCEPT SPÉCIFIQUE DU DROIT ALLEMAND _____	308
§ 2. LA RÈGLE NEMO PRAECISE COGI AD FACTUM RELÉGUÉE AU STADE DES PROCÉDURES D'EXÉCUTION _____	313
A. LA DISSOCIATION STRICTE DES PROCÉDURES DE JUGEMENT ET D'EXÉCUTION _____	314
1. Illustrations _____	314
2. La procédure du jugement (« Erkenntnisverfahren ») _____	316
3. La procédure d'exécution (« Vollstreckungsverfahren ») _____	318
a) Des acteurs différents _____	318
b) Une prise en compte de la nature de l'obligation en cause _____	319
B. LE RÔLE CENTRAL DU DROIT DES PROCÉDURES CIVILES D'EXÉCUTION ____	320
1. Le code de procédure civile (ZPO) : support du droit à l'exécution forcée en nature ____	320
2. Le code de procédure civile (ZPO) : limite au droit à l'exécution forcée en nature ____	322
SECTION II - UN POUVOIR CONTROVERSÉ EN DROIT FRANÇAIS _____	325
§ 1. LA PLACE CENTRALE OCCUPÉE PAR L'ARTICLE 1142 DU CODE CIVIL _____	325
A. L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE : ENTRE JURISDICTIO ET IMPERIUM _____	327
B. DES LIMITES À L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE DE L'ORDRE DU DROIT SUBSTANTIEL _____	334
§ 2. LE REJET DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE, EXPRESSION D'UN POUVOIR LIMITÉ DU JUGE _____	340
A. L'EXEMPLE DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX AVANT-CONTRATS _____	341
1. L'exécution forcée de la promesse n'est pas possible _____	342
2. L'exécution forcée de la promesse n'est pas souhaitée _____	345
B. L'ENSEIGNEMENT DES CLAUSES D'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE _____	350
1. La clause confère au juge un pouvoir qu'il n'a pas _____	351
2. La clause limite le pouvoir d'appréciation du juge _____	353

<b>CHAPITRE II - DEVOIR DU JUGE D'ORDONNER L'EXÉCUTION EN NATURE</b>	<b>356</b>
SECTION I - LE POUVOIR D'APPRÉCIATION RESTREINT DU JUGE FRANÇAIS	357
§ 1. L’AFFIRMATION D’UNE COMPÉTENCE LIÉE DU JUGE	358
A. LE LIEN IRRÉDUCTIBLE ENTRE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT ET L’EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE	358
B. L’INTERDICTION FAITE AU JUGE DE PORTER ATTEINTE À LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT	364
§ 2. LES LIMITES DE CETTE AFFIRMATION	367
A. LE CARACTÈRE PRÉTORIEN DES LIMITES AU « DROIT » À L’EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE	367
1. La notion souple d’ « impossibilité » propice au pouvoir d’appréciation du juge	368
2. Le retour théoriquement possible bien qu’improbable du pouvoir discrétionnaire du juge	371
B. LA DÉLIMITATION DÉLICATE DES CONCEPTS D’EXÉCUTION ET DE RÉPARATION EN NATURE	374
1. L’importance pratique de la réparation en nature en droit français	375
a) L’enjeu pratique de la distinction	376
b) L’exemple de la mise en conformité et de la remise en état de la chose	378
2. Le rôle mineur de la réparation en nature dans la pratique du droit allemand	382
a) Un enjeu pratique moins important au regard des pouvoirs du juge	383
b) Un domaine limité : l’exemple de l’ « exécution corrective »	385
SECTION II - LE POUVOIR D’APPRÉCIATION ÉTENDU DU JUGE ALLEMAND	391
§ 1. L’ENSEIGNEMENT DES PDEC : DES EXCEPTIONS MAIS PAS DE POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE	392
§ 2. UN POUVOIR JUDICIAIRE D’APPRÉCIATION CERTAIN MAIS PLUS LIMITÉ ENCORE EN DROIT ALLEMAND	396
A. L’EXCLUSION DE PLEIN DROIT DE L’OBLIGATION À LA PRESTATION D’APRÈS LE § 275 al. 1 BGB	398
B. LE DROIT DU DÉBITEUR DE REFUSER L’EXÉCUTION D’APRÈS LE § 275 al. 2 et 3 BGB	399
<b>CONCLUSION DU TITRE PREMIER</b>	<b>405</b>
<b>TITRE II – LE DÉLAI D’EXÉCUTION ET LA RÉVISION DU CONTRAT</b>	<b>407</b>
<b>CHAPITRE I - L’ATTEINTE « INDIRECTE » À LA LOI CONTRACTUELLE DES PARTIES : LE DÉLAI D’EXÉCUTION</b>	<b>408</b>
SECTION I - L’INSTITUTION FRANÇAISE DU DÉLAI DE GRÂCE	409
§ 1. FONDEMENTS	409
A. UNE FAVEUR FAITE AU DÉBITEUR	409
B. UNE FAVEUR POUR LE CONTRAT	410
§ 2. RÉGIME	412
A. UNE PRÉROGATIVE LAISSÉE À LA DISCRÉTION DU JUGE	412
B. LE DÉLAI DE GRÂCE FACE À LA CLAUSE RÉVOCATOIRE	415

§ 3. SORT DU DÉLAI DE GRÂCE DANS LES PROJETS DE RÉFORME _____	420
SECTION II - L'INSTITUTION ALLEMANDE DE LA NACHFRIST _____	423
§ 1. PHYSIONOMIE _____	424
A. L'AVERSION DU DROIT ALLEMAND POUR LES DÉLAIS JUDICIAIRES _____	424
B. LA NACHFRIST : UN DÉLAI D'EXÉCUTION ACCORDÉ PAR LE CRÉANCIER _____	429
§ 2. FONDEMENTS _____	430
A. UN FONDEMENT MORAL _____	431
B. UN FONDEMENT ÉCONOMIQUE _____	432
§ 3. MISE EN ŒUVRE _____	435
A. LA FIXATION D'UN DÉLAI D'EXÉCUTION PAR LE CRÉANCIER _____	435
B. LE RÔLE RÉSIDUEL DU JUGE _____	436
1. Un rôle potentiellement renforcé en présence d'un délai simplement « déterminable » _____	437
a) L'exigence d'un délai « déterminé » ou « déterminable » _____	437
(i) Réponse apportée par les instruments de droit européen des contrats _____	437
(ii) Réponse apportée par le droit allemand _____	438
b) L'impact sur le rôle du juge _____	439
2. Un rôle à préciser _____	441
a) La fiction de la prolongation automatique du délai trop court _____	442
b) Le pouvoir de « substitution » du juge en cas de fixation d'un délai « déterminé » trop court _____	444
c) Le pouvoir d'interprétation du juge en cas de fixation d'un délai simplement « déterminable » _____	446
§ 4. SUCCÈS À L'ÉTRANGER _____	447
A. UN MÉCANISME QUI S'IMPOSE À L'ÉTRANGER _____	447
B. LES RAISONS DE CE SUCCÈS _____	449
<b>CHAPITRE II - L'ATTEINTE DIRECTE À LA LOI CONTRACTUELLE DES PARTIES : LA RÉVISION DU CONTRAT _____</b>	<b>452</b>
SECTION I - LA RÉVISION EN CAS D'IMPRÉVISION _____	453
§ 1. LE PRINCIPE D'UNE INTERVENTION JUDICIAIRE _____	454
A. LA FIGURE DU JUGE « SERVITEUR » DU CONTRAT PRÉPONDÉRANTE EN DROIT FRANÇAIS _____	456
B. LA FIGURE DU JUGE « SALVATEUR » PRÉPONDÉRANTE EN DROIT ALLEMAND ET EUROPÉEN _____	460
§ 2. LE MODE D'INTERVENTION DU JUGE _____	465
A. RÉVISION DU CONTRAT VS. RÉSILIATION _____	466
1. La révision du contrat : solution privilégiée par le droit allemand et les PDEC _____	466
2. La résiliation du contrat : solution privilégiée par le droit français _____	467
B. LES RAISONS QUI SOUS-TENDENT LES PRÉFÉRENCES NATIONALES RESPECTIVES _____	469
§ 3. LA MARGE DE LIBERTÉ DU JUGE EN CAS D'INTERVENTION _____	471

A. LE CHOIX DU REMÈDE APPROPRIÉ	472
1. Le pouvoir discrétionnaire du juge dans les projets européens	472
a) Le libre choix du remède par le juge dans les projets européens	472
b) L'appel à un dispositif encore plus souple en France ou les paradoxes de l'approche française	474
2. Le pouvoir d'appréciation plus restreint du juge allemand	475
B. LES MODALITÉS DE LA RÉVISION	477
1. Un encadrement légal difficile	477
a) La recherche de critères fiables	477
(i) Droit allemand	478
(ii) Droit européen des contrats	479
b) L'appel à la modération judiciaire	481
2. Les contraintes d'ordre processuel	482
C. LES MODALITÉS DE LA RÉSILIATION	485
1. La détermination de la prise d'effet de l'anéantissement du contrat	485
a) Droit européen des contrats	486
b) Droit français	487
c) Droit allemand	492
2. La détermination des « conditions » de l'anéantissement du contrat	494
SECTION II - LA RÉVISION EN CAS D'INEXÉCUTION	495
§ 1. LA RÉOLUTION PARTIELLE DU CONTRAT	496
A. UNE MESURE CONTROVERSÉE EN DROIT FRANÇAIS	497
B. UN RÉGIME INCERTAIN	501
1. Une solution qui s'impose au créancier en droit allemand et européen	502
2. Une solution laissée à la discrétion du juge dans les projets de réforme français	503
§ 2. LA « RÉFACTION » DU CONTRAT	504
A. UNE SANCTION MASQUÉE PAR D'AUTRES CONCEPTS	505
1. L'appréhension de la réfaction sous le concept de résolution partielle	506
a) Des conséquences différentes	508
b) Des conditions différentes	510
2. L'appréhension de la réfaction sous le concept de responsabilité	511
a) Des modes de calcul différents	513
b) Des conditions distinctes	514
B. LA MESURE DU POUVOIR JUDICIAIRE DE RÉDUCTION DU PRIX	515
1. Droit français positif	515
2. PDEC et droit allemand	516
3. Projets de réforme français	517
4. Un pouvoir d'appréciation judiciaire inévitable	518
<b>CONCLUSION DU TITRE DEUXIÈME</b>	<b>520</b>
<b>TITRE III - LA RÉOLUTION DU CONTRAT</b>	<b>522</b>

<b>CHAPITRE I - LE MODÈLE DE RÉOLUTION JUDICIAIRE</b>	<b>525</b>
SECTION I - RÉOLUTION JUDICIAIRE ET POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE	525
§ 1. L'INTERVENTION PRÉALABLE DU JUGE EN DROIT FRANÇAIS	526
A. L'ADAGE « NUL NE PEUT SE FAIRE JUSTICE À SOI-MÊME »	527
1. L'interprétation restrictive de l'adage en droit allemand	529
a) Les origines romaines de l'adage « nul ne peut... »	529
b) La notion de justice personnelle (Selbsthilfe) du § 229 BGB	531
c) L'exclusion de la catégorie des « droits formateurs » (Gestaltungsrechte)	534
2. L'interprétation large de l'adage en droit français	537
a) L'embarras de la doctrine française pour justifier le caractère judiciaire de la résolution	539
b) Au-delà de l'interdiction des voies d'exécution privée, l'interdiction de « dire le droit pour soi »	542
(i) Le discours de la doctrine et de la jurisprudence	542
(ii) Les enseignements de ce discours	546
B. LE PRINCIPE DE LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT	548
1. La conception morale de la résolution pour inexécution	549
2. Les présupposés philosophiques	550
§ 2. LA LIBERTÉ DE CHOIX DU JUGE FRANÇAIS : LES MANIFESTATIONS DE SON POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE	555
A. L'ABSENCE DE DÉFINITION PRÉALABLE ET ABSTRAITE DU MANQUEMENT RÉSOLUTOIRE	556
1. L'article 1184 C. civ. ne précise pas les conditions de la résolution	556
2. L'affirmation jurisprudentielle d'un pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond	559
B. LE POUVOIR DU JUGE DE SUBSTITUER À LA RÉOLUTION DEMANDÉE LA MESURE DE SON CHOIX	564
1. Appréciation du pouvoir de substitution au regard du droit d'option conféré au créancier par l'article 1184 C. civ.	564
2. Appréciation du pouvoir de substitution au regard du principe dispositif (articles 4 et 5 CPC)	568
SECTION II - RÉOLUTION JUDICIAIRE ET DROIT DISCRÉTIONNAIRE DU CRÉANCIER	573
§ 1. DROIT DU CRÉANCIER À LA RÉOLUTION DU CONTRAT : UN MODÈLE D'EXCEPTION EN DROIT FRANÇAIS	574
A. L'ACTION RÉDHIBITOIRE DE L'ARTICLE 1644 C. civ.	574
B. LA RÉOLUTION DU CONTRAT PRÉVUE PAR L'ARTICLE L. 211-10 C. consom.	578
1. Une résolution judiciaire ?	579
2. Un droit de résolution discrétionnaire du consommateur ?	581
C. SYNTHÈSE ET PERSPECTIVE : LE MODÈLE DE RÉOLUTION JUDICIAIRE DE DEMAIN ?	584
1. L'impact limité des régimes spéciaux sur la résolution de droit commun	585



2. L'impact probable de la réforme du droit des contrats sur la résolution de droit commun	585
<b>§ 2. DROIT DU CRÉANCIER À LA RÉOLUTION DU CONTRAT : UN PRINCIPE EN DROIT ALLEMAND</b>	<b>588</b>
A. GESTALTUNGSRECHT ET GESTALTUNGSKLAGERECHT	589
1. D'une compétence liée du juge au « droit formateur » (Gestaltungsrecht)	589
2. Un contre-exemple français : la nullité et la résolution en comparaison	591
B. GESTALTUNGSRECHT ET ANSPRUCH	594
<b>CHAPITRE II - LE MODÈLE DE RÉOLUTION UNILATÉRALE</b>	<b>597</b>
SECTION I - MODÈLE ALLEMAND DE LA <i>NACHFRIST</i> VS. MODÈLE EUROPÉEN DE L'INEXÉCUTION ESSENTIELLE	598
§ 1. LE MODÈLE RIGIDE ET SÛR DU DROIT ALLEMAND	598
A. LA RÉOLUTION SUBORDONNÉE À LA FIXATION D'UN DÉLAI D'EXÉCUTION : LE PRINCIPE	598
1. Prépondérance du critère procédural	599
2. Caractère résiduel des critères substantiels	600
B. LA RÉOLUTION « IMMÉDIATE » : L'EXCEPTION	601
§ 2. LE MODÈLE SOUPLE DU DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS	604
A. LA NOTION SOUPLE D'INEXÉCUTION ESSENTIELLE, CONDITION DE LA RÉOLUTION	604
1. La thèse contestable du pouvoir discrétionnaire du juge	606
2. Un pouvoir d'appréciation encadré	609
a) Effort de définition	609
b) Effort de systématisation	611
B. LE DÉLAI D'EXÉCUTION, CONDITION ALTERNATIVE DE LA RÉOLUTION	614
SECTION II - MODÈLE RETENU EN DROIT FRANÇAIS (ANALYSE EN DROIT POSITIF ET PROSPECTIF)	615
§ 1. LES CONDITIONS DE LA RÉOLUTION UNILATÉRALE	616
A. LE CHOIX D'UN CRITÈRE SUBSTANTIEL SOUPLE	616
1. L'énigmatique « gravité du comportement » du droit positif	617
2. Les critères non moins énigmatiques du droit prospectif	622
B. UNE PROCÉDURE À RESPECTER	625
1. Mise en demeure	625
2. Notification	627
3. Motivation	630
a) L'obligation de motivation : une exception française ?	630
b) Fondement de l'obligation de motivation	633
c) Régime de l'obligation de motivation	637
§ 2. L'ÉTENDUE DU POUVOIR DE CONTRÔLE DU JUGE A POSTERIORI	642
A. UNE QUALIFICATION JURIDIQUE IMPLIQUANT UN CONTRÔLE APPROFONDI A POSTERIORI	643

1. La résolution unilatérale reléguée au rang de simple « fait » _____	644
2. La résolution unilatérale tiraillée entre la figure du droit subjectif et celle du pouvoir ___	647
<b>B. DES MODES D'INTERVENTION RÉVÉLATEURS D'UN POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE</b>	
<b>A POSTERIORI</b> _____	654
1. La sanction des dommages-intérêts : la défaite du juge ? _____	656
2. La sanction du maintien forcé du contrat : le retour en force du juge ? _____	663
a) Le maintien forcé du contrat par les juges du fond _____	664
b) Le maintien forcé du contrat par le juge des référés _____	671
<b>CONCLUSION DU TITRE TROISIÈME</b> _____	<b>676</b>
<b>CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE</b> _____	<b>679</b>
 <b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> _____	 <b>682</b>
 <b>DEUTSCHE ZUSAMMENFASSUNG</b> _____	 <b>686</b>
 <b>Bibliographie</b> _____	 <b>696</b>
 <b>Index alphabétique</b> _____	 <b>762</b>
 <b>Table des matières</b> _____	 <b>768</b>

## *Résumé :*

La question de la mesure du pouvoir du juge s'impose lorsqu'on souhaite comparer l'étendue des pouvoirs du juge dans différents ordres juridiques donnés. Or force est de constater que les pouvoirs du juge sont appréhendés sous diverses notions dans les systèmes juridiques nationaux : il est fait tour à tour référence au pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond, au pouvoir facultatif du juge, à son pouvoir modérateur, discrétionnaire, arbitraire. Toute la difficulté de la comparaison réside dans l'absence d'un instrument de mesure uniforme. A l'échelle supranationale, le terme anglais « Judicial discretion » constitue souvent le point de départ de discussions et d'analyses comparatives sur les pouvoirs du juge. Cette notion à forte coloration doctrinale sert de critère de mesure de l'ampleur des pouvoirs du juge dans les systèmes juridiques respectifs. On entend par pouvoir discrétionnaire le pouvoir donné au juge de choisir entre deux ou plusieurs décisions également conformes à la légalité. Le critère du libre choix est au cœur de la notion du pouvoir discrétionnaire du juge. Le pouvoir discrétionnaire constitue ainsi la forme la plus libre du pouvoir exercé par le juge. Bien qu'elle fasse office de dénominateur commun, la notion de pouvoir discrétionnaire est diversement entendue en droits français et allemand. Il en va ainsi en particulier à propos des notions-cadre et standards : ces derniers confèrent-ils au juge un pouvoir discrétionnaire ? Les réponses divergent d'un système à l'autre, ce qui a un impact sur l'image qu'on se fait des pouvoirs du juge. Une fois ces malentendus dissipés, reste à déterminer la part faite à ce pouvoir dans les suites de l'inexécution du contrat : exécution forcée en nature, délai d'exécution et révision, résolution.

*Descripteurs : Pouvoir discrétionnaire – facultatif – pouvoir arbitraire – pouvoir souverain d'appréciation – pouvoir lié – notion juridique indéterminée – notion-cadre – standard – clause générale – principes directeurs – équité – « dualisme » – « marge d'appréciation » – contrôle – interprétation – concrétisation – « unbestimmter Rechtsbegriff » – « richterliches Ermessen » – « Beurteilungsspielraum » – clause pénale – sanction – remède – droit – « Anspruch » – exécution forcée en nature – délai d'exécution – « Nachfrist » – révision – résolution – réduction du prix – imprévision.*

*Discretionary Power of the Judge and Breach of Contract. A Comparative Study of French and German Law*

**Abstract :**

How to measure a judge's power? This question is necessary, when it comes to comparing the extent of the powers of a judge in various given jurisdictions. It has to be noted, that the powers of a judge are gathered under diverse notions in national legal systems: successively, references are made to the sovereign judicial authority of the judge, the unfettered discretion of the lower courts, the authority to modify the legal situation, the discretionary power, the arbitrary power. The challenge in the comparison lies in the absence of a uniform measuring tool. On a supranational level, the English term "Judicial discretion" is very frequently the starting point for discussions and comparative analyses regarding the judge's power. This notion serves as criteria to measure the extent of the judge's powers in the respective legal systems. Discretionary power means the power given to the judge to choose between different decisions that are all conformable to law. The criterion of freedom of choice is in the center of the judge's discretionary power. The discretionary power is the most powerful authority of the judge. It is common sense that the judge has a discretionary power but the meaning of this term is differently interpreted by the national law, especially by the German and French law systems. This applies especially to the standards provisions or "open-textured" provisions : do they grant the judge a discretionary power? The answers vary from one system to the other, which has an impact on the image one has on the judge's powers. Once these misunderstandings are dispelled, it remains to determine the proportion this power has in the consequences of the non-performance of contract: specific performance, delay in execution, revision and termination.

Keywords : Discretionary power – arbitrary power – sovereign judicial authority – related power – undetermined legal notion – standard – general clause – guiding principles – equity – "duality" – "margin of appreciation" – control – interpretation – "unbestimmter Rechtsbegriff" – "richterliches Ermessen" – "Beurteilungsspielraum" – penal clause – sanction – remedy – right – "Anspruch" – specific performance - delay in execution – "Nachfrist" – revision – termination – price reduction – hardship.