

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE

Délivré par l'Université Toulouse Capitole

École doctorale : **Droit et Science Politique**

Présentée et soutenue par

MARIGNOL Ludovic

le 11 décembre 2017

La prévisibilité en droit des contrats

Discipline : **Droit**

Spécialité : **Droit Privé et Sciences Criminelles**

Unité de recherche : **IDP (EA 1920)**

Directeur de thèse : Monsieur Jérôme JULIEN, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

JURY

Rapporteurs Monsieur Hervé LECUYER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas
Monsieur Thomas GENICON, Professeur à l'Université Rennes I

Suffragants Madame Anne DANIS-FATOME, Professeur à l'Université de Bretagne occidentale
Monsieur Hugues KENFACK, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole

« L'université n'entend ni approuver
ni désapprouver les opinions particulières du candidat ».

*À mes parents,
sans qui rien n'eût été possible.*

*À Pia,
pour son soutien constant.*

Que Monsieur le Professeur Jérôme JULIEN
trouve ici l'expression de ma profonde gratitude, pour son soutien sans faille
tout au long de ces années passées sous sa direction.

Je voudrais aussi remercier tous ceux qui, de près ou de loin,
ont contribué à l'aboutissement de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>AJ coll. terr.</i>	<i>Actualités juridiques Collectivités territoriales</i>
<i>AJ fam</i>	<i>Actualités juridiques Famille</i>
<i>AJCA</i>	<i>Actualités juridiques contrats d'affaires</i>
<i>AJDA</i>	<i>Actualités juridiques Droit administratif</i>
<i>AJDI</i>	<i>Actualités juridiques Droit immobilier</i>
<i>APD</i>	<i>Archives de philosophie du droit</i>
Ass. plén.	Assemblée plénière
<i>BODAAC</i>	<i>Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales</i>
C.C.I	Chambre de commerce internationale
Civ.	Chambre civile
Com.	Chambre commerciale
Crim.	Chambre criminelle
C. constit.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
C.E.D.H	Cour européenne des droits de l'Homme
C.J.C.E	Cour de justice des communautés européennes (jusqu'au 1 ^{er} /12/2009)
C.J.U.E	Cour de justice de l'Union européenne
C.V.I.M	Convention de Vienne
<i>Cah. dr. entr</i>	<i>Cahiers de droit de l'entreprise</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Dalloz actualités</i>
<i>D.C.F.R</i>	<i>Draft Common Frame of Reference</i>
<i>DH</i>	<i>Dalloz hebdomadaire (avant 1941)</i>
<i>DP</i>	<i>Dalloz périodique (avant 1941)</i>
<i>Dr. & patr.,</i>	<i>Revue Droit & patrimoine</i>
éd.	Edition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
<i>GAJA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence administrative</i>
<i>GAJC</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>GDCC</i>	<i>Grandes décisions du Conseil constitutionnel</i>
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>JDI</i>	<i>Journal du droit international (Clunet)</i>
<i>J.O.R.F</i>	<i>Journal officiel de la République française</i>
<i>JCP E</i>	<i>La Semaine juridique Entreprises</i>
<i>JCP G</i>	<i>La Semaine juridique édition générale</i>
<i>Juriscl.</i>	<i>Jurisclasseur</i>
<i>LPA</i>	<i>Les Petites affiches</i>
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato (œuvre citée)</i>
Préc.	Précité

<i>P.C.C.R</i>	<i>Projet de cadre commun de référence (Association H. CAPITANT)</i>
<i>P.D.E.C.</i>	<i>Principes du droit européen des contrats (Commission LANDO)</i>
<i>RCLJ</i>	<i>Revue critique de la législation et de la jurisprudence</i>
<i>RDAI</i>	<i>Revue de droit de l'arbitrage</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
<i>Rec.</i>	<i>Recueil (Cour de cassation)</i>
<i>Rec. FP :</i>	<i>Recueil de la fonction publique du Tribunal</i>
<i>Rép. dr. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil</i>
<i>Rép. dr. com.</i>	<i>Répertoire de droit commercial</i>
<i>Rép. dr. int</i>	<i>Répertoire de droit international</i>
<i>Rép. dr. soc.</i>	<i>Répertoire de droit des sociétés</i>
<i>Resp. civ. et ass</i>	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>Rev. Constr. Urb</i>	<i>Revue Construction et urbanisme</i>
<i>Rev. de l'arb</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>
<i>Rev. dr. soc</i>	<i>Revue de droit social</i>
<i>Rev. fr. de fin. publ</i>	<i>Revue française des finances publiques</i>
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revue générale du droit des assurances</i>
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>
<i>RIEJ</i>	<i>Revue interdisciplinaire d'études juridiques</i>
<i>RJCom.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RMCUE</i>	<i>Revue de l'Union européenne</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de recherche juridique</i>
<i>RTDCiv</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTDCom.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTDEur</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
<i>TPI</i>	<i>Tribunal de première instance</i>
<i>V°</i>	<i>Verbo (mot)</i>

SOMMAIRE

(Une table détaillée figure à la fin de l'ouvrage)

INTRODUCTION	11
PARTIE I : L'IDENTIFICATION D'UNE EXIGENCE DE PREVISIBILITE DANS LE DROIT DES CONTRATS	29
Titre I : Les manifestations de la prévisibilité contractuelle	31
Chapitre 1 : Des manifestations curatives présentes.....	35
Chapitre 2 : Des manifestations préventives sous-jacentes.....	107
Titre II : La qualification de la prévisibilité contractuelle	177
Chapitre 1 : Un principe dissimulé.....	181
Chapitre 2 : Un principe en devenir.....	247
PARTIE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREVISIBILITE COMME PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT DES CONTRATS	311
Titre I : Une mise en œuvre limitée : la prévisibilité légale	315
Chapitre 1 : Limite théorique tenant à la définition du contrat.....	321
Chapitre 2 : Limite technique tenant à la source du risque.....	387
Titre II : Une mise en œuvre encouragée : la prévisibilité conventionnelle	457
Chapitre 1 : La mise en œuvre d'une régulation conventionnelle.....	461
Chapitre 2 : Le contrôle de la régulation conventionnelle.....	525
CONCLUSION GENERALE	581
BIBLIOGRAPHIE	587
INDEX	614
TABLE DES MATIERES	619

« Je hais ces cœurs pusillanimes qui,
pour trop prévoir les suites des choses,
n'osent rien entreprendre »

MOLIERE,
Les fourberies de Scapin (III, 1)

INTRODUCTION

*1. Du dernier acte de bonté du comte de Monte-Cristo*¹ – Lorsque le *Pharaon*, parti de Calcutta le 5 février 1829 et donné pour perdu corps et biens, jeta l'ancre en rade de Marseille le 5 septembre, l'armateur MOREL pouvait bien reposer l'arme qui allait lui servir à fuir le déshonneur de la faillite. « L'incertitude, c'est encore l'espérance », disait-il encore quelques temps auparavant, alors qu'on était sans nouvelle du navire, au mandataire de la maison *Thomson et French* venu réclamer une traite de deux-cent quatre vingt cinq mille cinq cent francs. L'ironie voulait que la majeure partie de cette dette ait été rachetée par cette même maison au créancier initial, M. de BOVILLE, justement parce que la signature de MOREL était réputée particulièrement sûre... Façon pour elle de sécuriser son placement comme l'expliqua le mandataire : « la maison *Thomson et French* avait dans le courant de ce mois et du mois prochain trois ou quatre-cent mille francs à payer en France, et connaissant votre rigoureuse exactitude, elle a réuni tout le papier qu'elle a pu trouver portant cette signature, et m'a chargé, au fur et à mesure que ces papiers écherraient, d'en toucher les fonds chez vous et de faire emploi de ces fonds ». Pourtant, la nouvelle était venue du naufrage au large des côtes marocaines du navire sur lequel reposait l'espoir d'une dernière ressource... Pour MOREL, le *Pharaon* perdu, c'était la faillite. Sans doute les rumeurs qui couraient à Marseille sur le désarroi financier de l'armateur rendaient-elles prévisible sa

¹ A. DUMAS, *Le Comte de Monte-Cristo*, préf. G. SIGAUX, La Pleiade, 1981.

faillite prochaine. Mais le banquier avait-il la possibilité d'en connaître ? Sans doute aurait-on pu reprocher à M. de BOVILLE, de s'être débarrassé à bon compte d'une créance devenue risquée en ayant soin de cacher ce risque au cessionnaire... Mais finalement la chance de MOREL, rétabli dans ses finances en ce matin ensoleillé de septembre, semblait encore plus imprévisible... Qui en effet, à part MONTE-CRISTO, dissimulé dans la foule en liesse de la Canebière, aurait pu le prévoir ?...

§1 : Des différents sens de la notion de prévision

2. Le contrat acte de prévision – L'apophtegme du doyen HAURIU, figure majeure de la Faculté de Toulouse, est connu : « le contrat représente [...] la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »². Le contrat, instrument de domination, voire d'« appropriation du futur »³, par la prévision érigée en instrument de puissance : l'idée est connue et communément admise⁴. Une telle affirmation, néanmoins, peut surprendre : issu du verbe *praevidere*, lui-même composé du préfixe *prae* (devant, avant) et du verbe *videre* (voir), prévoir pourrait, dans un premier sens évident, signifier « voir avant », ou plus précisément « voir par avance ce qui doit arriver »⁵. Prévoir aurait alors une valeur en quelque sorte simplement *déclarative*, n'emportant aucun effet sur la détermination de l'objet, et la notion peine alors, à première vue, à justifier le rôle de verbe créateur qu'on se plaît à lui attribuer.

3. La prévision comme activité intellectuelle – Encore faut-il s'entendre sur le sens à donner à cette notion de *prévision*, afin de comprendre en quoi il est possible de lui attribuer un tel effet de puissance.

La prévision est en effet, d'une part, l'action par laquelle l'intelligence va tenter de saisir les causes commandant l'évolution d'une situation à partir de son état présent, et d'autre part « la conjecture » ou encore « l'hypothèse qui en résulte », c'est-à-dire la conclusion découlant de cette action d'anticipation⁶. Affirmer que le contrat est un acte de prévision, c'est en réalité

² M. HAURIU, *Principes de droit public*, L. TENIN, Paris, 2^{ème} éd., 1916, p. 201.

³ J-M TRIGEAUD, « Promesse et appropriation du futur », in. *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'Université de droit, économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, 1985, p.63 s.

⁴ V. not. H.LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in. *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, éditions du Jurisclasseur, 1999, p. 643.

⁵ Dictionnaire *LITTRE*, V^o *prévoir*.

⁶ Cf. H. LECUYER, préc., p. 644.

conjuguer cette double réalité : le contrat, en tant qu'acte juridique, peut être vu de manière générale comme un ensemble de prévisions-conjectures, tandis que *le processus contractuel* s'entend de l'action intellectuelle qui en est la cause, et qui consiste à anticiper un certain nombre de réalités encore au stade de la simple éventualité⁷. La notion de prévision se révèle en réalité beaucoup moins passive que ce que laissait penser son étymologie.

Il est un fait néanmoins : dans l'esprit du plus grand nombre, et hors du champ strict du droit, la prévision-conjecture – ce que l'on désigne souvent par un pluriel évocateur : *les prévisions* – l'emporte en intérêt sur le processus préalable qui lui est pourtant indispensable. Ainsi dira-t-on souvent que *les prévisions météorologiques* se sont révélées fausses, ou encore que *les prévisions de croissance économique* sont meilleures que prévu.

Force est pourtant de constater que la prévision-conjecture, en soi, importe peu : sa vérité ou l'erreur qu'elle manifeste ne sont que des symptômes. En matière contractuelle en particulier, elle n'est qu'un énoncé – qui, certes, peut être contraignant – mais *inerte* en soi et qui une fois formulé, porte en lui et de manière définitive (sauf à être révisé ultérieurement par son ou ses auteurs) les germes de la réussite ou de l'échec de l'opération contractuelle, selon qu'il se révélera concordant avec le réel une fois celui-ci advenu, ou au contraire en décalage avec lui. C'est au contraire *la prévision comprise dans son sens actif* qui doit susciter l'intérêt du juriste, car c'est de la justesse de cette *entreprise d'anticipation* que dépendent la valeur et l'utilité des *conjectures* formées.

4. La prévision comme prévention – Dans ce deuxième sens, prévoir c'est d'abord « organiser à l'avance, décider pour l'avenir »⁸. La volonté présente va se projeter, depuis l'instant présent, dans le futur en vue de le contraindre, de l'organiser. La prévision est alors en quelque sorte constitutive de l'avenir, notamment à travers le phénomène d'obligatorité⁹ dont est porteur le mécanisme contractuel.

Mais prévoir c'est aussi « envisager quelque chose comme possible et prendre des dispositions en vue de son éventualité »¹⁰ ou encore, selon LITRE, « prendre les mesures, les précautions nécessaires ». La valeur de la prévision est ici tout autre : non plus organisation, constitution d'un état à venir, mais symptôme d'une méfiance à l'égard de tout ce sur quoi la

⁷ En ce sens tout contrat, qu'il soit instantané ou à exécution successive, comporte une dimension temporelle, et donc prévisionnelle plus ou moins marquée : cf. J-M MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTDCiv.*1988.482 ; V. aussi : L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNES, Paris I, Economica, 2010, n°31.

⁸ Dictionnaire *Le Robert*, V° prévoir.

⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDCiv.*1999.771.

¹⁰ Dictionnaire *Larousse*, *ibid.*

volonté peine à étendre sa puissance. Ce n'est point tant ici la réalisation de l'événement envisagé dès à présent par le sujet mais plutôt la seule possibilité de sa survenance, qui est au cœur de la prévision. Envisager quelque chose comme possible, c'est-à-dire *pouvant être* – sans que cela exclue totalement l'éventualité qu'elle ne soit pas – et prendre des dispositions en conséquence pour se prémunir, si ce n'est de l'événement lui-même, du moins de ses conséquences, bénéfiques ou néfastes du reste, mais dont la survenance impromptue serait de nature à causer une perturbation dans la relation initialement envisagée.

5. L'éternel problème du temps... – Les deux aspects sont nécessairement liés, et permettent de saisir la difficulté irréductible à laquelle se heurte l'homme qui cherche à étendre son emprise sur l'avenir, en soulevant la question des limites du savoir et de l'agir humain¹¹. Sa puissance, qui est grande, ne peut néanmoins s'étendre au-delà des limes fixées par sa nature même d'être temporel, c'est-à-dire irréductiblement bornée en-deçà des limes que lui fixent la frontière indépassable de l'instant présent¹². Quoi qu'il soit en mesure, par le biais d'un certain nombre d'artifices, d'agir sur ce qui n'est pas encore en vue de le déterminer, de l'« organiser », l'homme demeure un démiurge limité par sa nature propre qui porte en elle une impuissance radicale et essentielle liée à la dimension temporelle de l'être : l'avenir reste le domaine de *l'incertain*, et toute volonté de domination des faits se heurte dès lors à l'immense champ des *éventualités* pouvant venir contrarier toute velléité d'organisation, ou plus simplement de connaissance.

Tout le paradoxe du contrat est là : dans cette recherche d'une stabilité dans le mouvant, du certain dans ce qui est *par nature marqué par l'incertitude*.

6. L'incertitude inhérente à l'entreprise de prévision – Contracter revient à accepter une confrontation rationnelle avec le temps conduisant à une représentation intellectuelle et

¹¹ Lesquelles sont néanmoins constamment repoussées, notamment avec le développement du « *Big data* » et de l'accès aux données en ligne (*open data*) : à propos du *Rapport 2017* du Conseil d'Etat intitulé *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, un auteur soulignait que « la sophistication sans précédent des outils d'intelligence artificielle, la possibilité de réaliser des prédictions des comportements humains ou des décisions judiciaires, l'utilisation des algorithmes comme outils d'aide à la décision suscitent des questions inédites en terme de transparence, de responsabilité ou de discriminations » (F. G'SELL, « Le Conseil d'Etat et les plateformes : de l'« ubérisation » à un programme d'action », *JCP G* 2017.1926). L'on évoque ainsi depuis quelques années la possibilité d'une « justice prédictive » (V. sur ce sujet : A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n°1-2, doctr. 31 ; B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.*2017.532). Une expérimentation a d'ailleurs été menée d'avril à juin 2017 par les cours d'appel de Rennes et de Douai en matière civile, et plusieurs solutions logicielles sont en cours de développement (« Justice prédictive : les juristes ont trouvé leur boule de cristal », article consulté le 30/06/2016 sur : www.business.lesechos.fr).

¹² V. SAINT AUGUSTIN (*in. Les Confession, Livre XI*) sur le temps et l'interaction des trois « temps » que sont le passé, le présent et le futur.

actuelle d'un objet *encore inexistant*. « La prévision, enseignait HEBRAUD, consiste dans une représentation actuelle de l'avenir. Elle s'opère par l'analyse du présent, appuyée sur la connaissance du passé, et l'application logique des lois de son évolution »¹³.

Si le sujet prévoit, c'est donc que l'objet sur lequel il exerce sa prévision n'existe pas encore – en acte – sinon il serait simplement *vu* et non *prévu*. L'objet de la prévision apparaît donc caractérisé par deux éléments unis par un rapport de *causalité* – bien que l'on ait parfois tendance à en tirer un rapport d'identité : sa *postériorité*, par laquelle la prévision s'inscrit dans le temps, et sa *potentialité*, cause de l'incertitude qui l'affecte¹⁴.

7. La postériorité de l'objet : la dimension temporelle de la prévision – Le temps est le support de l'acte¹⁵. Il est le champ où croissent les *possibles*, ceux-là même que la prévision tend à intégrer, à prendre en compte, dès à présent, soit parce que de leur réalisation dépend directement la satisfaction du sujet (c'est alors peu ou prou l'ensemble des éléments qui constituent l'objet du contrat), soit parce que leur éventuelle survenance est susceptible d'influer indirectement sur ce qui a été arrêté par les contractants, que cela leur soit bénéfique ou néfaste (il s'agit alors le plus souvent de se prémunir des effets de l'événement éventuel). Les rapports de l'homme et du temps sont une réalité complexe, et constituent un champ inépuisable de réflexion dans des domaines très variés, allant de la philosophie, au droit¹⁶, en passant par les diverses sciences historiques, voire physiques. Il semble pourtant que quel que soit le champ d'étude retenu un constat s'impose invariablement : l'emprise du temps sur l'homme apparaît comme *une réalité naturelle*, tandis que celle de l'homme sur le temps s'est progressivement affirmée depuis le commencement de l'histoire humaine, comme une *emprise artificielle* qui se réalise soit par *l'action*¹⁷, soit même par la simple *connaissance*¹⁸, dont le ressort est la prévision¹⁹.

¹³ P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in. *Etudes offertes à Pierre KAYSER*, PUAM, 1979, p.28.

¹⁴ H. LECUYER, préc., p. 644.

¹⁵ Cf. P. HEBRAUD, préc., p. 2 pour qui « le temps apparaît [...] comme support, comme substance de tout le droit ».

¹⁶ Selon HEBRAUD (*idem*, p. 21), « la vie juridique révèle en effet, parmi ses moteurs, une aspiration à la longue durée, voire à la perpétuité ».

¹⁷ *Idem*, p. 26.

¹⁸ Le simple fait de dire ce que les choses seront, sans forcément y rechercher le fondement d'une quelconque action, est déjà un acte de domination et de maîtrise. *La connaissance est déjà en soi un acte de puissance*. La Bible en fait du reste le péché originel de l'Homme à travers le mythe d'Adam et Eve goûtant au fruit interdit. Mais plus généralement la maîtrise de l'homme sur son environnement passe par la science (au sens premier de connaissance), par laquelle il affirme sa puissance et s'accomplit dans sa nature particulière et dans sa supériorité sur le cosmos. PASCAL exprime cela à travers sa métaphore du roseau pensant : « l'homme n'est qu'un roseau, le plus faible de la nature; mais c'est un roseau pensant. Il ne faut pas que l'univers entier s'arme pour l'écraser : une vapeur, une goutte d'eau suffit pour le tuer. Mais quand l'univers l'écraserait, l'homme serait encore plus

Envisagé dans cette interaction avec le temps, le contrat apparaît comme une modification volontaire de l'ordre juridique²⁰, qui déploie ses effets *dans* le temps, subissant de ce fait ses effets bénéfiques ou néfastes, tout en agissant *sur* lui. Plus précisément, c'est vers l'avenir que le contrat projette les volontés présentes, et c'est donc cet avenir qui les meut indirectement à travers la représentation *actuelle* de la prestation encore au simple stade de potentialité, cause motrice par l'attraction d'un bien désirable²¹. Pourtant, s'il est le lieu de réalisation des possibles et donc celui vers lequel tend la volonté contractuelle présente, l'avenir est aussi lourd d'incertitudes : tout ce qui n'est pas actuel, donc immédiatement saisissable par la raison, exige par son éventualité même, l'analyse de l'ensemble des causes susceptibles de commander sa réalisation pour prétendre pouvoir *dire* ou simplement *savoir ce qu'il sera*.

La prévision, parce qu'elle est confrontation de la raison limitée au temps qui la dépasse, se trouve donc en butte à une incertitude plus ou moins importante qui résulte de cette dimension temporelle, et qui affecte l'objet sur lequel elle porte.

8. La potentialité de l'objet – Un auteur affirmait : « *la prévision propulse son auteur dans un futur incertain* »²². C'est là sa nature même, son défaut originel, mais qui est aussi sa force : dans sa quête de domination de l'avenir l'homme doit compter avec le flou qui entoure nécessairement celui-ci. Acte de prévision de l'avenir, le contrat est donc aussi et avant tout *un pari* sur celui-ci : soit que l'on envisage les possibles survenances de perturbations en vue de les prévenir, soit que l'on espère la réalisation conforme de ses prévisions. L'un, d'ailleurs, n'allant pas sans l'autre. La postériorité de l'existence de l'objet de la prévision est la cause de la difficulté pour le sujet pensant d'acquérir une certitude absolue quant à sa détermination future, puisqu'au moment où il le considère cet objet n'est qu'éventuel, et n'offre de ce fait à ce stade que de simples espérances plus ou moins fondées quant à sa réalisation, et embrassant le large spectre des degrés les plus divers de la certitude²³. En cela, le futur est *une*

noble que ce qui le tue, parce qu'il sait qu'il meurt, et l'avantage que l'univers a sur lui, l'univers n'en sait rien » (B. PASCAL, *Pensées*, (1660), Gallimard, coll. de la Pléiade, 1976, p.1156-1157).

¹⁹ P. HEBRAUD, préc., p. 27.

²⁰ A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in. *Le Droit et le futur...*, Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 85, n°2.

²¹ M. le professeur SERIAUX explique ainsi le mécanisme psychologique conduisant à la formation du contrat : « le seul bien poursuivi par les parties au contrat, la seule fin qui mobilise leurs volontés, c'est la prestation envisagée et non encore réalisée : la prestation future. En d'autres termes, c'est la prestation envisagée comme devant se réaliser dans l'avenir. La seule existence à laquelle peut prétendre ici le futur consiste donc en sa représentation mentale chez les parties au contrat, qui constitue le moteur de leur volonté de contracter » (*idem*, n°5).

²² H. LECUYER, préc., p. 644.

²³ Il peut ainsi exister des prévisions certaines, notamment dans les sciences dites « dures » ou expérimentales, telles que les mathématiques, l'astrophysique, voire la physique ou la chimie. Si l'on a atteint la certitude en ces

menace pour la justice contractuelle, dans la mesure où « *l'événement futur peut être la source d'un grave déséquilibre des prestations* »²⁴. Le propre de la menace est qu'elle est pendante, sorte d'épée de Damoclès suspendue au-dessus des prévisions des parties. L'événement susceptible de venir les bouleverser ne se réalisera peut-être jamais, mais sa seule éventualité est une cause suffisante de perturbation de la prévision. Elle est un aléa²⁵ qui fait peser une incertitude sur la relation contractuelle. Dans une société telle que la nôtre, de moins en moins tolérante au risque sous toutes ses formes, il semblerait que l'incertitude soit nécessairement *perçue* comme néfaste. Or cela n'est pas le cas, et il convient d'identifier avec précision la cause du caractère éventuellement préjudiciable de l'événement incertain. En effet, combien de négociations commerciales sont engagées sans finalement aboutir, combien de pourparlers, parfois très avancés sont rompus néanmoins par l'une des parties faisant usage de sa légitime liberté contractuelle, sans pour autant être la cause d'un préjudice ? Il y a bien pourtant une incertitude qui pèse sur la relation jusqu'à la conclusion du contrat qui, tant que durent les discussions demeure aléatoire, mais les parties, ayant conscience du caractère aléatoire de la réussite de leurs négociations *font en sorte de se prémunir contre l'éventualité d'un échec*. C'est-à-dire qu'elles prennent cette hypothèse en considération, comme étant *une possibilité* et, partant, elles l'intègrent dans leur calcul des risques afin d'en neutraliser les conséquences *au cas où cela se produirait*. L'effet néfaste de l'événement ne tient pas à son caractère aléatoire, et il serait du reste illusoire de prétendre chasser le risque du mécanisme contractuel, tant il est un moteur essentiel de la vie des affaires, et de la vie tout court²⁶, mais au fait qu'il n'ait pas été *prévu* par les parties.

9. Événement incertain et événement imprévu – La différence entre l'événement imprévu et l'événement incertain a été exposée dans de récents travaux²⁷ : « dire qu'un événement est imprévu signifie que l'on n'a pas envisagé la possibilité qu'il survienne. Qualifier un

matières c'est justement que par l'application de formules ou par la répétition expérimentale, on est parvenu à avoir une connaissance de l'ensemble des éléments susceptibles d'influencer l'événement.

²⁴ A. SERIAUX, préc., n°20. s. la dir.

²⁵ L'aléa peut être défini comme tout « événement favorable ou défavorable, qui peut soit se réaliser, soit ne pas se produire » (R. KHAN, *La notion de l'aléa dans les contrats*, Paris, 1924). V. aussi : G. CORNU (s. la dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., V° *aléa*: « événement de réalisation ou de date incertaine ».

²⁶ Le développement considérable du principe de précaution en droit de la responsabilité peut ainsi apparaître critiquable car « si l'on n'y prend garde, s'il était mal compris, le principe de précaution (louable en lui-même, mais critiquable lorsqu'il confine au principe d'inhibition et d'immobilisme, devenant un nouveau populisme) pourrait se révéler un frein à la recherche et à l'activité industrielle, laissant croire que tous les risques peuvent être anticipés et, grâce aux pouvoirs publics, l'imprévu éliminé » (Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Dalloz action, 10^e éd., 2014, n°28-1).

²⁷ V. not. : L. THIBIERGE, *op. cit.* ; J. HEINICH, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. MESTRE, Aix-Marseille, 2013.

événement d'incertain implique que l'on y ait songé, mais qu'un aléa existe quant à sa survenance »²⁸, c'est-à-dire que les parties ne savent pas *si et quand* il se réalisera.

Schématiquement, le degré de certitude dans la connaissance d'un événement à venir sera déterminé par la maîtrise, ou la connaissance, d'un plus ou moins grand nombre des paramètres dont dépend sa détermination. Si dans leur domaine propre les sciences dures ou expérimentales permettent de parvenir à des prévisions certaines, ou quasi-certaines, il n'en va pas de même dans tous les domaines de la connaissance humaine, et en particulier dans les sciences sociales où entre en compte un facteur *a priori* non maîtrisable qu'est la liberté humaine. Or le caractère préjudiciable de la survenance d'un événement réside justement dans l'effet de surprise, qui ne saurait exister dès lors qu'on aura envisagé au moins la possibilité que l'événement puisse arriver, et donc le risque que cette survenance représente.

Or quelle sont les causes de l'absence de prévision ? En soi celle-ci n'est qu'un symptôme, dont l'origine est à rechercher soit dans le sujet lui-même, soit dans l'objet sur lequel s'exerce son appréhension rationnelle. Le premier cas sera celui où le défaut de prévision, et donc finalement l'effet de surprise, procède d'une *négligence*, d'une faute du contractant : il *pouvait* connaître l'objet mais n'a pas fait ce qu'il fallait pour anticiper le risque. La sanction ici doit être rigoureuse, dans la mesure évidemment où le caractère fautif est démontré : *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* !²⁹ Le second cas sera celui où la partie *ne pouvait pas* prévoir l'événement en raison d'une impossibilité tenant *aux caractéristiques de l'événement lui-même*. L'imprévision aura alors pour cause *une imprévisibilité de l'événement*, et c'est cette imprévisibilité qui est alors la cause d'effets préjudiciables...

§2 : Définition de la prévisibilité dans son rapport avec la prévision contractuelle

10. Insuffisance de la définition sémantique de la prévisibilité – De prime abord, la *prévision* et la *prévisibilité* entretiennent indéniablement un rapport d'ordre sémantique. L'Académie française, définit la prévisibilité comme « le caractère de ce qui peut être prévu »³⁰, c'est-à-dire ce qui peut donner lieu à une *prévision*. Dans cette perspective, la prévisibilité semble marquer la *limite* de l'entreprise de prévision, et partant, constituer la

²⁸ L. THIBIERGE, *op. cit.*, n°25.

²⁹ Pour une application en matière d'obligation d'information V. : P. JOURDAIN, « Le devoir de "se" renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*1983.139.

³⁰ *Dictionnaire de l'Académie française*, V° *prévisibilité*.

condition d'existence des prévisions-conjectures : le pouvoir de l'intelligence ne pouvant en effet s'exercer que sur le champ finalement limité des événements *qu'il est possible* d'anticiper. Point de prévision sans prévisibilité, et donc serait-on tenté de poursuivre : point de contrat... Pourtant, une fois encore, ce premier sens doit être dépassé.

11. Absence de définition juridique de la prévisibilité – Donner une définition de la prévisibilité *en soi*, qui ne soit pas simplement une déclinaison du verbe *prévoir* est délicat. Le seul fait que cela soit possible est d'ailleurs discutable.

Que ce soit dans son sens positif – la *prévisibilité* – ou négatif – l'*imprévisibilité* – les dictionnaires la caractérisent peu, sinon toujours par référence à la *prévision* dont elle serait finalement la condition. Notion *a priori* a-juridique, elle ne se trouve jamais définie en tant que telle³¹ par les textes ou la jurisprudence, alors même que les références qui y sont faites sont nombreuses : que l'on songe à la condition d'imprévisibilité de l'événement constituant un cas de force majeure³², à la limitation des dommages et intérêts dus par le débiteur à ceux « qui ont été prévus ou *qui pouvaient être prévus* lors de la conclusion du contrat » (article 1231-5 du Code civil), ou encore à l'article 271 du Code civil qui impose de tenir compte lors de la fixation de la prestation compensatoire « de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci *dans un avenir prévisible* ». Cette absence de détermination de la notion s'explique sans doute par la volonté de lui conserver une souplesse conceptuelle, qui en constitue en même temps le principal intérêt : en effet « l'imprévisibilité est utilisée à l'initiative de la loi ou du juge comme un *standard juridique* »³³.

Selon CORNU, l'imprévisibilité est le « caractère de ce qui ne pouvait être prévu *par un individu raisonnable* et compte tenu des circonstances lors de la conclusion d'un contrat ou de la réalisation d'un fait dommageable »³⁴. Le fait imprévisible étant défini comme « celui qu'il était *raisonnablement* impossible de prévoir dans les circonstances précédant sa réalisation »³⁵.

³¹ Sur l'absence de définition de l'imprévisibilité : G. CORNU, « Les définitions dans la loi », *in. Hommage à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77. V. aussi : J. HEINICH, *op. cit.*, n°8, qui relève qu'« en matière juridique, elle [l'imprévisibilité] est dépourvue de définition légale et ne connaît pas non plus de réelle définition jurisprudentielle ni doctrinale ».

³² L'article 1218 du Code civil définit la force majeure comme un événement extérieur, irrésistible et « qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat ».

³³ J. HEINICH, *op. cit.*, n°9.

³⁴ G. CORNU (s. la dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 11^e éd., coll. Quadriga, PUF, 2016, V^o *imprévisible*.

³⁵ *Idem*, n°8. De même, concernant les exigences contemporaines relatives à la sécurité juridique, la Cour européenne « apprécie [...] la prévisibilité de la norme par le standard du justiciable « s'entourant au besoin de conseils éclairés » (P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.2015.2023*).

Force est de constater que la prévisibilité ou l'imprévisibilité apparaît ainsi à première vue, en droit comme dans le sens commun, comme *une qualité ou une caractéristique reconnue à un événement* : est prévisible ce qui offre dès à présent, et de manière suffisamment intelligible, un aperçu suffisant des causes commandant sa réalisation ou gouvernant son évolution future. Il s'agit là d'un aspect finalement très factuel de la prévisibilité, celui-là même qui est au cœur de la plupart des sciences dites prédictives. Un événement sera alors dit plus ou moins prévisible en fonction des éléments d'anticipation qu'il offrirait, en amont de sa survenance, à l'intelligence appréciée selon le standard d'un individu normalement diligent.

12. Tentative de définition de la prévisibilité contractuelle par son objet – Evoquer la prévisibilité *contractuelle* revient alors à prendre la relation contractuelle comme objet de la prévisibilité, c'est-à-dire à situer la notion dans la perspective très particulière du mécanisme *prévisionnel par essence* qu'est le contrat. Cela implique d'élargir le champ de l'analyse non plus à l'échelle d'un seul événement, mais à celle d'un ensemble plus vaste caractérisé par son caractère prospectif : la relation contractuelle dans son acception la plus large, depuis ses prémisses jusqu'à son terme et au-delà. Il ne s'agit plus alors de considérer les caractères de tel ou tel événement, mais de poser comme objet d'analyse *une qualité qui doit imprégner l'ensemble d'une relation*. La compréhension de la notion se trouve par là-même élargie, propulsée à une échelle supérieure : l'existence d'une situation d'ensemble, d'un environnement, d'un contexte marqué par la prévisibilité, c'est-à-dire propice à l'élaboration de prévisions, ce qui constitue la condition *sine qua non* de la possibilité du mécanisme contractuel. De la relation énoncée entre la nature du contrat et les implications de la prévisibilité s'infère en outre une affirmation sous-jacente qui est *le caractère nécessaire de la prévisibilité en droit des contrats*. Parce que le mécanisme contractuel est par essence un acte de prévision, le sens du sujet de notre étude est nécessairement dénué d'alternative : il ne laisse pas le choix entre la prévisibilité ou l'imprévisibilité contractuelle, cette dernière étant la négation pure et simple de la possibilité même du contrat. Il n'y a là en vérité qu'une affirmation, ou, de manière plus neutre, un constat qui constitue le point de départ de la recherche : *la prévisibilité est nécessaire au contrat*. Cette mise en perspective érige la prévisibilité au rang de véritable *objectif juridique* consistant à permettre aux parties de mener à bien leur entreprise de prévision *dans un environnement prévisible* – c'est-à-dire propice à la formation de ces prévisions.

V. en particulier : C.E.D.H, 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49 ; C.E.D.H, 13 juillet 1995, *Tolstoy MILOSLAVSKY c/ Royaume-Uni*, série A n°316-B, p. 71, §37.

La définition préalablement énoncée, et communément admise, de la prévisibilité conçue comme une simple qualité, se trouve dès lors dépassée par le rapport de nécessité propre à l'objet de l'étude (le contrat). Elle apparaît alors moins comme l'intelligibilité des causes d'évolution d'une situation ou de survenance d'un événement, que comme *une exigence pouvant être traduite dans un système normatif, destinée à permettre la prévision nécessaire à l'existence du contrat*³⁶.

Elle est la réponse nécessaire à cette sorte d'oxymore que constitue l'affirmation de la *prévision contractuelle*, dialogue contraint entre deux réalités apparemment difficilement conciliables : en prétendant étendre la domination de la volonté humaine sur des faits qui n'ont aucune existence et sont donc encore à l'état de puissance au moment où ils sont considérés, les parties entendent lier l'avenir, le déterminer par la seule force du *dire*. Au-delà du fondement volontariste visé par l'article 1103 du Code civil, c'est le verbe créateur qui est mis en scène par le contrat : *que les choses soient* semblent clamer les contractants, nonobstant le voile d'incertitude qui enveloppe encore le champ où est appelé à s'élancer leur volition. Celle-ci pourtant apparaît bien impuissante à assurer seule l'efficacité de l'entreprise de prévision : le rôle du droit est alors *de créer les conditions de celle-ci*, afin que les choses fussent...

§3 : Enjeux actuels d'une réflexion sur la prévisibilité contractuelle

13. Le besoin de prévisibilité au centre des réponses à la crise économique – Cette exigence est, de fait, largement prise en compte par nos systèmes juridiques contemporains, car la prévisibilité, quelle que soit l'échelle considérée est une condition indispensable au développement économique, intimement tributaire de la confiance des investisseurs³⁷. La principale manifestation de cette prise de conscience peut être trouvée dans l'intérêt

³⁶ Ces deux acceptions ne sont pas cependant sans entretenir certaines interactions, qui en révèlent d'ailleurs la nécessaire distinction. Ainsi le droit fait-il parfois appel à des sciences spécialisées dans l'appréhension de certains phénomènes, afin de rendre possible la prévision contractuelle. L'on pense ici évidemment à l'usage des *tables de mortalité* dans le calcul de la rente pour les contrats en viager, aux *calculs de probabilité* permettant la répartition des risques dans les contrats d'assurance, ou encore aux sciences économiques permettant d'anticiper la rentabilité de certains investissements. Pour autant, si ces mécanismes sont indéniablement des auxiliaires indispensables, *ils apparaissent essentiellement étrangers au droit proprement dit*, et au droit des contrats en particulier, entendu comme l'ensemble des normes encadrant les relations conventionnelles par lesquelles des personnes entendent se lier les unes aux autres.

³⁷ V. not. : J-F JAMET, « Comment recréer un environnement économique européen prévisible ? », Question d'Europe (Fondation Robert Schuman), n°191, 17 janvier 2011. Le rapport *Sécurité juridique et initiative économique* (Le Club des Juristes, 2015, p. 28) recense un certain nombre d'articles de presse (notamment la presse économique) sur cette thématique : toutes convergent pour désigner l'instabilité et le manque de prévisibilité normative comme l'un des principaux freins à la croissance française.

grandissant porté au *principe de sécurité juridique*³⁸. Dans un rapport intitulé *Sécurité juridique et initiative économique*, remis au Président de l'Assemblée nationale le 9 juin 2015, les auteurs notaient « si le droit peut être vecteur de compétitivité, l'instabilité normative est source de contraintes de nature à freiner l'initiative économique. L'entreprise, confrontée en permanence à de nouvelles normes qu'elle doit adopter dans des délais toujours réduits, a de plus en plus de difficultés à se conformer à ces contraintes nouvelles qui constituent désormais un « carcan complexe » générateur de coûts. À l'échelle du particulier, de l'entreprise ou de l'État, l'insécurité des solutions grève les décisions des acteurs et représente un véritable coût pour l'économie [...] »³⁹. De fait, la France est régulièrement montrée du doigt par les milieux d'affaires⁴⁰ en raison notamment de l'imprévisibilité normative qui constitue la principale cause de réticence des entreprises étrangères à investir dans notre pays, freinant ainsi l'innovation et constituant de ce fait le principal handicap de la France dans la mondialisation⁴¹. En 2004, dans son évaluation nationale menée dans le cadre du *Programme de réforme de la réglementation* l'O.C.D.E, tout en constatant la croissance des investissements étrangers en France et en soulignant les atouts de notre pays, constatait

³⁸ V. notamment : B. FAUVARQUE-COSSON, J-L DEWOST, *L'entreprise et la sécurité juridique*, Société de législation comparée, 2015.

³⁹ H. de CASTRIES, N. MOLFESSIS (s. la dir.), *Sécurité juridique et initiative économique*, Le Club des Juristes, 2015, p. 26.

⁴⁰ L'appel de chefs d'entreprises, lancé le 19 décembre 2013 dans le quotidien *Les Echos* est symptomatique de cette inquiétude endémique des milieux d'affaires à l'égard de l'instabilité et de la complexité normative française. Les signataires, dirigeants des filières françaises de grands groupes internationaux implantés en France tels Hewlett-Packard, Siemens, Sony, American Express ou encore Volkswagen entre autres y appelaient le gouvernement français à « stabiliser et sécuriser l'environnement fiscal et supprimer la possibilité de rétroactivité fiscale ». Un autre appel du même genre fut lancé, dans le même quotidien, le 15 avril 2014, par les patrons de cinquante entreprises françaises de taille intermédiaire et familiales, qui dénonçaient eux-aussi l'insécurité juridique et fiscale comme un frein à l'entrepreneuriat. Un praticien déclarait ainsi le 12 juin 2015 au quotidien économique *Les Echos* : « L'une des problématiques du droit français tient à son évolution constante. Loi Macron, loi Hamon, loi Florange, instauration d'un seuil minimum pour le temps partiel... Les entreprises appréhendent avec beaucoup de difficultés les changements constants du droit social... Même si, compte tenu de leurs ressources internes, cela peut s'avérer beaucoup moins compliqué pour les grands groupes que pour les P.M.E et les E.T.I, la rédaction parfois hasardeuse des textes, les retards concernant la publication de certains décrets et l'interprétation des tribunaux qui se démarque parfois de l'esprit du texte viennent encore compliquer les choses. Cette imprévisibilité du droit est réellement problématique car elle ne permet pas aux entreprises d'avoir une vraie visibilité sur le long terme. Elles ont l'impression d'être noyées dans un flux législatif perpétuel qui les contraint à faire de la gestion de textes plutôt que de la gestion de leurs ressources humaines » (consulté le 16/08/2015 sur : www.business.lesechos.fr).

⁴¹ V. not. le *Baromètre de l'attractivité de la France 2013*, consultable sur www.ey.com. V. aussi la circulaire du 7 juillet 2011 relative la qualité du droit (J.O.R.F n°0157 du 8 juillet 2011, p. 11835, texte n° 2) : « à la qualité de la règle de droit s'attachent des enjeux déterminants pour l'attractivité de notre système juridique et pour notre compétitivité économique. La sécurité juridique, la prévisibilité du droit et la simplification de règles inadaptées ou dépassées sont des attentes régulièrement exprimées par nos concitoyens et nos entreprises ». La critique portée à l'égard de notre système juridique est ancienne et a pris une ampleur toute particulière avec la publication en 2004 du premier rapport *Doing Business* de la Banque mondiale qui pointait de façon très générale l'ensemble de la tradition civiliste française comme un frein au développement des affaires. Pour un exposé et une critique de la méthodologie suivie V. B. DU MARAIS, « Entre la Jamaïque et le Kiribati Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale », in *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2005, p. 377 et s.

que son attractivité souffrait « d'un environnement juridique et social considéré comme peu propice aux affaires, non seulement à cause de ses rigidités et de ses lourdeurs, mais également à cause d'un manque de prévisibilité et de cohérence »⁴².

La principale cause de cet état de fait, réside sans doute dans l'effet cumulé de la *complexité* et de leur inflation, laquelle a d'ailleurs donné lieu à un rapport parlementaire⁴³ remis au Premier Ministre le 26 mars 2013. Dans le communiqué de presse qui l'accompagnait, le gouvernement soulignait que la simplification des normes constitue « un enjeu économique car l'inflation, l'instabilité et la complexité de notre corpus juridique entravent le dynamisme de l'activité économique, en alourdissant les coûts et la durée des procédures nécessaires à la conduite des projets ».

14. La réforme du droit des contrats de 2016 – Certes, même si le débat sur ces questions semble s'être cristallisé autour des problématiques spécifiques de la complexité du droit du travail et de la politique fiscale, la mesure du problème a indéniablement été prise en compte par les politiques de façon globale. La réforme du droit des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016, est apparue dans cette perspective comme un instrument majeur de rénovation orienté vers la modernisation et la prise en compte accrue de ces problématiques dans le contexte contemporain. Dès 2013, le Gouvernement relevait que « les dispositions du Code civil [...] ne permettent plus aux particuliers et aux entreprises d'avoir une vision claire et précise de l'état du droit dans leurs relations contractuelles quotidiennes »⁴⁴. Ces objectifs se trouvèrent réaffirmés comme des objectifs fondamentaux de la réforme menée dans le rapport remis au Président de la République qui a accompagné la publication de l'ordonnance : il s'agissait « de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »⁴⁵. A travers le renforcement de la sécurité juridique, la prévisibilité, qui en est une composante essentielle, apparaît donc comme un objectif majeur de la réforme menée, ainsi que le soulignait le rapporteur de la commission des lois du Sénat : « un droit modernisé favoriserait la compétitivité de l'économie française,

⁴² « France, vers des orientations stratégiques plus claires », *Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation*, O.C.D.E, 2004, p. 136.

⁴³ *Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative*, consultable sur: www.gouvernement.fr/premier-ministre.

⁴⁴ Communiqué de presse du Conseil des ministres du 27 novembre 2013.

⁴⁵ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, J.O.R.F n°0035 du 11 février 2016, texte n°25.

en apportant lisibilité et prévisibilité aux relations juridiques, supports des échanges économiques »⁴⁶.

Pourtant, c'est de ce même Sénat que semble venir une imprévisibilité finalement très paradoxale au vu des objectifs affichés par la réforme : alors même que l'ordonnance du 10 février 2016 est entrée en vigueur voilà plus d'un an, qu'elle semblait être parvenu à un relatif consensus, et que les acteurs économiques tout comme la jurisprudence d'ailleurs⁴⁷, la tenait désormais pour le droit positif, voilà que le Palais du Luxembourg annonçait son intention de retoucher en profondeur le texte soumis à sa ratification⁴⁸, sans doute dans une certaine persévérance avec l'opposition frontale qu'il avait manifesté à l'égard du principe même d'une habilitation du gouvernement à réformer par voie d'ordonnance⁴⁹... Nonobstant le jeu normal de nos institutions démocratiques, la réforme du droit des contrats, tant attendue et si âprement discutée, que l'on croyait enfin entrée en vigueur, semble offrir, à son corps défendant, une magnifique et regrettable illustration de cette imprévisibilité normative si souvent dénoncée comme un atavisme national : plus d'un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il n'est en effet pas possible de savoir avec certitude quel sera l'état du droit positif une fois l'ordonnance ratifiée... et l'on semble s'orienter vers un environnement normatif plus complexe encore qu'avant la réforme, où devront cohabiter trois régimes distincts : celui du droit antérieur qui, en vertu de l'article 2 du Code civil, continuera de régir les situations contractuelles constituées avant le 1^{er} octobre 2016 à l'exception des dispositions relatives aux actions interrogatoires qui s'appliquent immédiatement aux contrats conclus antérieurement ; celui de l'ordonnance du 10 février 2016, appelé à régir les contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et l'entrée en vigueur du texte éventuellement modifié à l'issue du processus de ratification ; et celui issu de ce même texte à compter de sa date d'entrée en vigueur... Autant dire que, sur ce plan du moins, la réforme est un modèle d'imprévisibilité.

⁴⁶ T. MOHAMED-SOILIH (rapporteur), Rapport n° 288 (2013-2014) du 15 janvier 2014 relatif au *Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*, p. 17. V. aussi, dans l'exposé des motifs du projet d'ordonnance : « il s'agit essentiellement de répondre à l'objectif constitutionnel d'intelligibilité de la loi, de renforcer la sécurité juridique, tout en contribuant au rayonnement et à l'attractivité du système juridique français ».

⁴⁷ V. par ex. : Soc. 21 septembre 2017, n°16-20103, où la haute juridiction fait une « application anticipée » de la réforme (D. MAZEAUD, « Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale », *D.2017.2007*)...

⁴⁸ Projet de loi n°23 du 11 octobre 2017 *ratifiant l'ordonnance n°2016 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* – Texte de la Commission des lois.

⁴⁹ V. not. : T. DOUVILLE (s. la dir.), *La réforme du Droit des contrats, commentaire article par article*, Gualino, 2016, p. 1-2. V. aussi : F. CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016, n°00-06.

15. Faiblesse conceptuelle de la prévisibilité contractuelle – Ces multiples exercices de lucidité d’origines les plus diverses témoignent sans aucun doute du fait que l’origine du problème est identifiée, tant sur le plan macroéconomique qu’au sein des relations contractuelles particulières : les difficultés croissantes que rencontrent les acteurs économiques, et plus spécifiquement les contractants, à appuyer la prise de décision sur des anticipations fondées, en raison d’une imprévisibilité dont la cause apparaît être à la fois *structurelle* (la nature même du mécanisme contractuel oblige nécessairement à composer avec l’incertitude inhérente à toute prévision), mais aussi *conjoncturelle* (en ce sens que l’état actuel du droit des contrats n’offre pas les conditions d’une prévisibilité satisfaisante).

Pourtant, si l’on considère les réponses apportées, un paradoxe mérite d’être souligné : jamais la prévisibilité n’est mise en œuvre en tant que telle, *elle n’a pas d’existence propre*, mais semble plutôt se manifester à travers divers phénomènes. La prévisibilité *des normes* est ainsi au cœur des objectifs tendant à la mise en œuvre du *principe de sécurité juridique* : dans son *Rapport public* de 2006, le Conseil d’Etat affirmait ainsi que « le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit *prévisible* et que les situations juridiques restent relativement stables »⁵⁰. Un auteur a même pu affirmer que « la prévisibilité constitue l’essence véritable de la sécurité juridique »⁵¹.

La prévisibilité *des comportements* des contractants semble pour sa part être l’idée centrale du *principe de cohérence* dont on a pu observer une reconnaissance progressive en jurisprudence ces dernières années⁵², après que la doctrine a entrepris, voilà un peu plus d’une décennie⁵³, de transposer en droit français le mécanisme de l’*Estoppel* anglo-saxon.

Parallèlement, allant au-delà des strictes limites de l’ancien article 1134 al.3 du Code civil, qui cantonnait la bonne foi à la seule phase d’exécution du contrat, le juge impose depuis longtemps maintenant un devoir général de loyauté sur le fondement duquel notamment il

⁵⁰ *Rapport public du Conseil d’Etat*, 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, p. 282.

⁵¹ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, *Defrénois*, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009, p. 44.

⁵² V. C. MARECHAL, « L’estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.2012.167*. V. : Com. 20 septembre 2011, n°10-22888, Bull. IV, n° 132 : *JCP G* 2011.1250, note D. HOUTCIEFF ; *RTDCiv.*2011.760, note B. FAGES. V. aussi pour une consécration de l’interdiction de se contredire : Ass. plén., 27 févr. 2009 : Bull. ass. plén. 2009, n°1 : *D.2009.723*, obs. X. DELPECH ; *idem*, p. 1245, note D. HOUTCIEFF ; *JCP* 2009.II.10073, note P. CALLE. Pour un exemple en droit processuel : Soc. 22 septembre 2015, n°14-16947. Pour une application en droit des contrats V. not. : Com. 8 mars 2005, n° 02-15.783, Bull. IV, n° 44 ; *D.2005.883*, obs. X. DELPECH ; *idem*, p. 2843, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTDCiv.*2005.391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTDCom.*2005.397, obs. D. LEGEAIS ; *RLDC*, juillet/août 2005, p. 5, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2005.1015, obs. D. MAZEAUD.

⁵³ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2001 ; du même auteur V. entre autres : « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP* 2009, n°47, p.463 ; également : B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n°644.

apprécie le caractère fautif d'une éventuelle rupture des pourparlers précontractuels ou même de relations contractuelles établies, au regard de son imprévisibilité⁵⁴. La réforme de 2016 n'a eu sur ce point qu'à graver dans le marbre du Code (aux articles 1104 et 1112) une évolution acquise de longue date.

Et n'est-ce pas encore cette même prévisibilité, orientée cette fois non en direction du risque que fait peser la liberté des contractants sur la relation, mais de celui pouvant résider dans la méconnaissance de ce sur quoi les parties s'engagent, qui justifie l'inflation constante des diverses obligations d'information, de conseil, de mise en garde ? Fondé sur cette même bonne foi et forgé essentiellement par la jurisprudence en droit commun des contrats jusqu'à sa consécration par l'ordonnance du 10 février 2016, le devoir d'information existait déjà de longue date en droit de la consommation⁵⁵, destiné à « communiquer au consommateur, préalablement, les informations indispensables à un consentement éclairé »⁵⁶. N'est-ce pas là encore l'une de ces dispositions facilitatrices de la prévision contractuelle ?

16. La prévisibilité fondement sous-jacent du droit des contrats – En vérité, la prévisibilité est partout sous des prête-noms. Elle innerve incontestablement le droit et, pourtant, n'est *jamais mise en œuvre par elle-même*. Elle se matérialise sous des formes diverses, tantôt en posant des prescriptions comportementales destinées à rationaliser l'usage que font les parties de leur liberté, tantôt en servant de critère à la sanction⁵⁷, ou bien encore en constituant la déclinaison technique de principes plus généraux (principe de bonne foi, de loyauté, de cohérence, de sécurité juridique, etc.).

Principe explicatif majeur du droit des contrats, la prévisibilité demeure cependant toujours cantonnée au rang de fondement sous-jacent, inavoué, au sein de solutions disparates. Or il semble que la notion ne puisse que souffrir de cette dispersion. Sa mise en œuvre circonstancielle conduisant alors très logiquement à une incertitude des critères⁵⁸, voire à de francs paradoxes⁵⁹.

⁵⁴ V. par exemple : Com., 20 novembre 2012 (n°11-22660) qui refuse de sanctionner une rupture en l'absence de caractère brutal, dans la mesure où cette rupture n'était « ni imprévisible, ni soudaine, ni violente et que la partie lésée ne pouvait raisonnablement anticiper une continuité de la relation commerciale pour l'avenir ». Pour des exemples récents : Paris, 15 avril 2015 (n°13/02730) : CCC, juill. 2015, n°174, note N. MATHEY. En sens inverse : Com., 23 juin 2015, n°14-14687 : CCC, oct. 2015, n°228, comm. N. MATHEY.

⁵⁵ Article L. 111-1 du Code de la consommation.

⁵⁶ J. JULIEN, *Droit de la consommation*, LDGJ, Lextenso éditions, 2017, n°66, p. 108, et plus généralement, sur la filiation entre le droit commun et le droit de la consommation : n°68 et s.

⁵⁷ Ainsi de l'abus dans l'exercice du droit de rompre les pourparlers, derrière lequel se cache en réalité l'examen de la prévisibilité de la rupture.

⁵⁸ Le contenu de l'obligation de loyauté oscille ainsi depuis longtemps entre une tendance, inspirée par les théories solidaristes, appelant à l'instauration d'une véritable coopération entre les parties (V. not. : D.

17. Pour une émancipation du principe de prévisibilité contractuelle – Pourtant, malgré cette apparente diversité, c'est le même concept qui se trouve à chaque fois décliné en des applications particulières, et quoi que les fins qu'il poursuit soient multiples, un certain nombre de constantes semblent pouvoir être dégagées. La prévisibilité est en réalité une sorte de « couteau-suisse » juridique dans la main du juge, et dans une moindre mesure du législateur : un seul et même instrument aux applications innombrables. Dès lors que malgré leur diversité, ces principes se trouvent traduits techniquement par la même exigence, il est possible de se demander s'il n'y a pas là finalement un artifice, et s'il ne serait pas possible d'opérer un renversement de perspective salutaire : *ne sont-ce pas in fine ces « principes » ou ces devoirs qui constituent en réalité la mise en œuvre d'un principe général de prévisibilité ?* Dans la mesure où la prévisibilité constitue, dans tous ses aspects, un objectif d'une importance cruciale en droit des contrats, il paraît possible, et éminemment souhaitable, de cerner avec précision les contours de cette notion, afin d'envisager de lui conférer une autonomie comme nouveau principe directeur du droit des contrats à part entière. Son application directe, débarrassée des pudeurs et des incertitudes qui l'affectent en raison de la multiplicité des fondements juridiques retenus et de la sectorisation de chacune de ces applications, semblerait être un facteur de simplification de son maniement par les acteurs juridiques, et partant de son efficacité technique, ce qu'il conviendra de vérifier.

§4 : Annonce du plan

18. Annonce – La prévisibilité, en droit des contrats, avance masquée. Son identification (**première partie**) préalable à toute étude de ses fonctions éventuelles est donc nécessaire, et

MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », in. *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 617 et s. ; sur le constat de cette tendance contemporaine du droit des contrats: C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.*1997.357), et une vision plus libérale prônant une responsabilisation des parties dans la promotion de leurs intérêts respectifs (V. not. : P. JOURDAIN, « Le devoir de "se" renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*1983.139).

⁵⁹ Ainsi des rapports tourmentés qu'entretient la sanction d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information avec la théorie des vices du consentement et en particulier la réticence dolosive : la montée en puissance de celle-là ayant contaminé les conditions d'application de celle-ci jusqu'à aboutir à l'arrêt controversé de la troisième chambre civile du 21 février 2001 (n°98-20817 : Bull. civ. III, n°20 : *D.*2001.2702, note D. MAZEAUD ; *idem*, p. 3236, obs. L. AYNES ; *D.*2002.927, obs. CARON et TOURNAFOND ; *JCP* 2002.II.10027, note C. JAMIN ; *JCP E* 2002.764, note P. CHAUVEL ; *Defrénois* 2001.703, obs. R. LIBCHABER ; *LPA* 30 oct. 2001, note GENTILI ; *RTDCiv.*2001.353, obs. J. MESTRE et B. FAGES), selon laquelle : « la réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée ». Une telle solution, conjuguée à l'indétermination (contrairement au code de la consommation où l'article L. 111-1 liste précisément les informations dues) du devoir de bonne foi en droit commun, aboutit à *créer* un risque nouveau, de nature juridique, pesant sur le débiteur de l'information. Où trop de prévisibilité (ou plutôt la recherche sans critère précis d'une trop grande prévisibilité au bénéfice de l'une des parties) peut nuire à la prévisibilité ...

ne saurait faire l'économie d'une étude de ses manifestations. Ce n'est en effet qu'à travers une démarche inductive qu'il sera possible de faire émerger de l'observation des divers phénomènes un certain nombre d'éléments caractéristiques propres à permettre une définition juridiquement utile de la prévisibilité contractuelle. Ce n'est que dans un deuxième temps, une fois distinguée des notions et mécanismes voisins, et caractérisée dans ses éléments propres, qu'il sera possible de s'interroger sur l'opportunité de mettre en œuvre la prévisibilité comme nouveau principe directeur du droit des contrats (**seconde partie**).

PARTIE I :

L'IDENTIFICATION D'UNE EXIGENCE DE PRÉVISIBILITÉ DANS LE DROIT DES CONTRATS

19. Introduction – Un auteur a pu décrire le mouvement général du droit positif à l'égard du hasard comme une succession de deux postures en apparences contradictoires : une attitude de désintéressement-rejet au XIX^e siècle, cédant la place à un effort d'élimination au siècle suivant⁶⁰. Or si l'on retient comme définition du hasard « ce qui est imprévisible, soit à cause de la complexité des causes et des effets, soit à cause de la rencontre de séries indépendantes d'événements »⁶¹, il apparaît que l'un des axes d'analyse des évolutions du droit positif depuis deux siècles passe par cette ligne de partage et *que l'évolution s'est faite dans le sens d'une élimination de l'emprise du hasard sur les entreprises humaines, en particulier dans le domaine contractuel* : progressivement « on inclut le hasard dans le champ juridique, pour tenter de l'y circonscrire et de le compenser, c'est-à-dire le mettre plus efficacement en échec »⁶².

20. Annonce du plan – Il y a donc une exigence de prévisibilité qui semble caractériser le droit des contrats tout au long du XX^e siècle, et dont il convient d'identifier les diverses manifestations (**titre I**), préalablement à toute discussion sur sa nature juridique (**titre II**) : s'agit-il en effet d'un simple phénomène, d'un concept à valeur réellement explicative ? Il nous semble que la prégnance de cette exigence, en même temps que la diversité de ces manifestations engage à y voir un véritable *principe* du droit des contrats contemporain...

⁶⁰ A. BENABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2014.

⁶¹ *Idem*, n°6, citant RANZOLI.

⁶² *Idem*, n°73, p. 62.

TITRE I :

LES MANIFESTATIONS DE LA PRÉVISIBILITÉ CONTRACTUELLE

21. Introduction – La prévisibilité est le caractère de ce qui peut être prévu. Elle entretient donc avec la prévision – et donc avec le contrat, acte de prévision⁶³ – un rapport de type causal : de la prévisibilité d'un événement dépend sa *prévision* par l'individu, c'est-à-dire d'une part le fait que *sa survenance future soit envisagée a minima* comme possible, et d'autre part le fait que l'individu, à partir de cette connaissance, *agisse en conséquence sur l'avenir*. Ce qui est la raison d'être même du mécanisme contractuel, lequel vise *parfois*⁶⁴ à organiser l'avenir, *toujours*⁶⁵ à se prémunir d'un certain nombre d'événements qui, s'ils se réalisaient, seraient susceptibles de perturber l'équilibre sur lequel se sont accordées les volontés. La distinction précédemment évoquée entre prévision-organisation et prévision-conjecture offre l'amorce de notre étude : le contrat – prévision-organisation – ne pouvant en effet exister sans que soient formées en préalable un certain nombre de prévisions-conjectures, lesquelles présupposent pour leur part cette prévisibilité (possibilité de prévoir) de l'avenir. Les contractants doivent donc s'attacher à « imaginer le contenu du futur *pour rendre l'accord compatible avec l'évolution des variables dont l'opération contractuelle dépend* »⁶⁶, c'est-à-dire que la prise en compte de ces variables est nécessaire à la viabilité du

⁶³ Cf. *supra* : n°2 et s.

⁶⁴ C'est le cas des contrats à exécution successive évidemment, mais aussi de certains contrats à exécution instantanée, le « trait de temps » nécessaire à leur exécution pouvant être plus ou moins long (D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, 2015, n°98. V. aussi n°100 pour les « contrats à exécution échelonnée »).

⁶⁵ J-M MOUSSERON, *préc.*, p. 482 : « l'opération la plus simple, une vente au comptant par exemple, pousse dans le temps, à la façon d'un pseudopode, une mince mais tenace obligation de garantie ; *a fortiori* en est-il ainsi lorsque le contrat est de moyenne ou longue durée, correspond à une opération financière, commerciale ou industrielle complexe ». M. le Professeur SERIAUX enjoint ainsi de constater « une fois pour toutes que la catégorie des contrats instantanés est philosophiquement vide de sens. Le temps, qu'on le veuille ou non, inscrit sa trace sur toute chose » (A. SERIAUX, *préc.*, p. 78)

⁶⁶ J-M MOUSSERON, *préc.*, p. 483.

projet contractuel, fondée sur l'analyse des éventualités pouvant se réaliser et leur prise en compte dans le calcul des risques.

Or l'avenir contractuel apparaît, du point de vue du sujet pensant⁶⁷, sous forme d'alternative à *première vue* irréductible, comme un ensemble d'événements *éventuels* qui se réaliseront soit de manière *certaine*⁶⁸, soit de manière *incertaine*. Le mécanisme contractuel offre bien sûr aux parties une faculté de contraindre les événements dont il doit être tenu compte, tout en ayant conscience des faiblesses inhérentes à la nature de l'instrument par lequel est déterminé l'avenir⁶⁹, et qui est *essentiellement* de nature obligationnelle. Mais pour l'essentiel il s'agit d'événements sur lesquels les parties n'ont pas de prise directe, dont le caractère aléatoire a des causes multiples et qui leur échappe, dont la survenance n'est pas certaine, mais dont *la seule éventualité doit être envisagée* afin de se prémunir des conséquences qu'elle pourrait avoir sur l'équilibre initialement envisagé.

22. Nécessité d'une prévisibilité des risques – Le risque est donc inhérent au contrat, et il est le moteur principal de la vie des affaires. N'importe quelle opération contractuelle un tant soit peu complexe repose inévitablement sur une prise en compte du risque, puisque c'est de celui-ci que dépend en partie la satisfaction de l'intérêt qu'entendent retirer les parties de l'opération envisagée. Le risque peut être défini comme « l'éventualité, au jour de la conclusion du contrat de toute déviation par rapport au projet initial dont les parties étaient convenues »⁷⁰. Cela implique nécessairement *d'intégrer l'événement considéré dans le champ du prévu*, qu'il soit de réalisation certaine ou non.

Pourtant, et de manière tout aussi évidente, à côté de cette *summa divisio* des événements qui vont constituer la matière des prévisions, demeurent un certain nombre d'événements qui ne sont, pour le sujet, ni certains, ni incertains, car *imprévisibles*. Dans une thèse récente, l'imprévisibilité des faits a été définie de manière alternative soit comme la caractéristique d'un *fait inconcevable* – c'est-à-dire dont la survenance ne pouvait pas être envisagée – soit comme celle d'un *fait qui quoique concevable n'en demeurerait pas moins trop peu probable*

⁶⁷ C'est-à-dire que *le sujet* sait, sans conserver de doute, que l'événement se réalisera, ou à l'inverse cette connaissance se trouve affectée d'un doute plus ou moins important.

⁶⁸ Dans les matières dénuées de logique scientifique, la certitude est rare. L'essentiel de l'avenir contractuel demeure quasi-nécessairement marqué par une incertitude plus ou moins importante, laquelle trouve sa source dans des causes diverses en fonction de la nature de l'événement.

⁶⁹ Quoi que contrainte par la création d'un lien juridique, la liberté de l'individu demeure un facteur non négligeable de perturbation, créateur d'incertitude. A l'inverse, le mécanisme contractuel emporte la production d'effets de droit qui ne sont pas de nature obligationnelle : c'est la loi elle-même qui détermine l'effet juridique produit, qui se trouve dès lors à l'abri de n'importe quelle remise en cause (ainsi du transfert de propriété dans le contrat de vente, ou de la libération de l'emprunteur par la simple remise du titre de créance).

⁷⁰ J-M MOUSSERON, préc., p. 484.

pour que l'hypothèse de sa réalisation soit prise en compte⁷¹. Dans les deux cas, l'imprévisibilité est la cause d'un *effet de surprise* entraînant corrélativement la *création d'un déséquilibre*, lorsque l'événement se produit : il est alors trop tard pour tenter d'en juguler, ou d'en gérer les effets. Eviter cet *effet de surprise* implique donc de réintégrer ces faits dans le champ du prévisible afin d'accroître la maîtrise du risque au bénéfice des parties.

23. Annonce du plan – Il paraît possible, à partir de ces quelques postulats, de proposer une approche duale mais néanmoins complémentaire, du rôle dévolu au concept de prévisibilité contractuelle par le droit positif. La prévisibilité apparaît en premier lieu – c'en est la manifestation la plus évidente – comme une caractéristique discriminante de chaque événement perturbateur, gouvernant la confrontation de celui-ci avec les prévisions contractuelles : les événements imprévisibles seront en effet souvent neutralisés par le droit au bénéfice du prévu *ou de ce qui pouvait l'être, c'est-à-dire du prévisible*. Le premier type de manifestation, à visée *curative*, apparaît très présent dans le droit positif (**chapitre 1**). Mais l'on ne saurait réduire l'utilité du concept à ces seules manifestations curatives. En vérité c'est plus dans une perspective de prévention du risque qu'il apparaît riche de potentialités techniques, en étant le support d'un véritable cadre normatif du processus contractuel, destiné à permettre l'anticipation des risques par les contractants. Pourtant, cette mise en œuvre à *préventive* n'apparaît que de façon sous-jacente à l'occasion de la mise en œuvre d'autres mécanismes (**chapitre 2**).

⁷¹ J. HEINICH, *op. cit.*, n°193.

Chapitre 1 :

Des manifestations curatives

présentes

24. Introduction – La recherche d’une prévisibilité absolue est une utopie. La prévision contractuelle, comme dans la quasi-totalité des autres domaines, est limitée par *l’impuissance irréductible*⁷² de l’intelligence humaine. Si le contrat est un acte de prévision, il n’en demeure pas moins aussi *un acte fondamentalement risqué* et prétendre à une sûreté totale au bénéfice de ceux qui s’y confrontent conduit soit à une impasse, soit à des contradictions encore plus néfastes que le mal auquel on prétend remédier⁷³. Force est d’admettre que malgré toutes les précautions qui seraient prises, surgiront inmanquablement dans l’avenir des événements perturbateurs qui n’avaient pas été prévus au moment où les contractants se sont engagés. S’ils emportent un effet néfaste pour les deux parties, celles-ci ne manqueront pas de se défaire du contrat d’un commun accord. Si, à l’inverse, et c’est le cas le plus fréquent, l’effet perturbateur est unilatéral (il n’atteint les intérêts que d’une partie), il est bien évident que sauf à croire en la manifestation subite d’un altruisme pour le coup assez imprévisible eu égard à la nature humaine et au caractère la plupart du temps égoïste du contrat, la question de la manière dont cette survenance doit être appréhendée se pose alors en forme de diallèle : ou bien, par faveur pour la partie en difficulté, on admet que cet événement puisse avoir un effet sur le contenu de la norme contractuelle et l’on accepte que celle-ci puisse subir des variations imprévisibles au moment où elle est instituée, ce qui revient à la nier comme telle au

⁷² Le caractère irréductible de l’impuissance de l’intelligence humaine n’apparaît-il pas lui-même comme très relatif ? Une certaine humilité s’impose en la matière : le propre de la science n’est-il pas de sans cesse repousser les frontières du connu *et du connaissable* ? La théorie du Cygne noir (N. N. TALEB, *Le cygne noir – La puissance de l’imprévisible*, trad. C. RIMOLDY, Les belles lettres, 3^e éd., 2012) est de ce point de vue éclairante : un événement n’est considéré comme imprévisible que jusqu’à ce que l’avancée des découvertes rendent sa découverte possible et à portée des connaissances humaines. Le développement fulgurant ces dernières décennies de l’intelligence artificielle et du « *Big data* » semble ainsi constituer un nouveau paradigme des conditionnements de l’intelligibilité du monde pour l’esprit humain.

⁷³ L’introduction de la révision pour imprévision (article 1195 du Code civil) par l’ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, sous prétexte de répondre à la survenance d’un événement imprévisible perturbant l’exécution du contrat, semble ainsi faire jouer à plein son pouvoir destructeur sur celui-ci. Cf. *infra*, not. n°55 et s.

détriment de l'autre partie ; ou bien on refuse de donner effet à l'événement en maintenant coûte que coûte les prévisions initiales, et c'est alors la partie mise en difficulté qui devra subir à ses dépens l'exécution à des conditions qui n'étaient pas celles prévues de prime abord, ce qui revient là encore à donner effet d'une certaine manière à l'événement imprévu au détriment de la norme contractuelle...

Le recours à la distinction prévu/imprévu n'apparaît donc pas comme étant un critère satisfaisant pour assurer une régulation efficace de la confrontation du contrat et du risque : seule la considération de leur prévisibilité ou de leur imprévisibilité est à même de départager de manière impartiale et relativement objective les intérêts en présence.

25. Annonce du plan – Le droit va en effet protéger les intérêts légitimes des parties contre la survenance de tout événement imprévisible (**section 1**), tout en donnant effet aux événements prévisibles, quoi qu'imprévus (**section 2**) sous peine de déresponsabiliser les parties dans l'appréhension du risque inhérent au phénomène contractuel.

Section 1 : La neutralisation des risques imprévisibles

26. Introduction – Le caractère insaisissable de l'exigence de prévisibilité a été souligné⁷⁴. Il tient pour partie à l'absence de référence explicite dans les textes, mais aussi et surtout au fait qu'elle apparaît souvent en creux et implicitement à travers la prise en compte par le droit de *l'imprévisibilité* de tel ou tel événement perturbateur des prévisions formées par les parties : c'est donc à travers cette application négative qu'il conviendra de rechercher ses premières manifestations.

De manière générale, eu égard à la nature du contrat, il semble possible de poser l'hypothèse du caractère radicalement discriminant de la notion : *toute manifestation d'un événement qui ne pouvait pas être prévu par les contractants se trouvera privée d'effet sur le contrat*. Vue sous cet angle, la notion apparaît comme ayant des applications très diverses : exonération du contractant défaillant en cas de force majeure, sanction de la rupture abusive des pourparlers ou d'une relation commerciale établie, soumission de l'opposabilité des clauses à la vérification de leur caractère prévisible (ainsi de l'article 1119 du Code civil à propos de l'opposabilité des conditions générales), etc... Le recours à la notion de *prévisibilité* permet cependant de proposer une unité conceptuelle de ces différents mécanismes : dans tous les

⁷⁴ Cf. *supra* n°10 et s.

cas, il s’agira de considérer les circonstances⁷⁵ ayant précédé la survenance de l’événement perturbateur *afin d’y déceler des signes suffisants d’anticipation*.

27. Annonce du plan – Le rapport de connaissance liant l’intelligence humaine et un objet quelconque étant nécessairement tributaire d’un certain nombre d’intermédiations⁷⁶, l’appréciation du caractère prévisible d’un événement est donc intimement liée à l’examen des signes d’anticipation qui étaient ou non présents dans les circonstances ayant précédé sa survenance (**sous-section 1**). Le rôle de ces signes⁷⁷ dans le processus de volition est essentiel : la croyance prévisible devra en effet être protégé (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : L’appréciation de la prévisibilité

28. Introduction – La principale manifestation de l’intérêt que porte le droit aux signes par lesquels se laissent percevoir certaines réalités peut être systématisée dans ce qu’on a appelé la *théorie de l’apparence*⁷⁸, à travers laquelle est recherchée une protection au bénéfice de « ceux qui ont commis des erreurs en se fiant aux apparences »⁷⁹. La tentation est grande, eu égard aux applications jurisprudentielles qui viennent l’étayer, de ramener l’apparence à sa seule fonction de connaissance d’une réalité *existante*. Il apparaît pourtant qu’elle est aussi et surtout un signe *d’anticipation* en raison du caractère intrinsèquement dynamique du mécanisme. La recherche de l’apparence n’ayant d’intérêt que dans la mesure où la réalité se révèle contraire à ce qui avait été saisi par l’intelligence du sujet, il sera alors beaucoup plus fructueux de s’interroger non sur la possibilité qu’avait la partie déçue de connaître l’objet en

⁷⁵ Selon CORNU, est imprévisible l’événement « qui ne pouvait être prévu par un individu raisonnable et *compte tenu des circonstances* lors de la conclusion d’un contrat ou de la réalisation d’un fait dommageable » (*in. Vocabulaire juridique*, préc., V° *imprévisibilité*).

⁷⁶ L’essence des choses ne peut être atteinte par l’intelligence qu’à travers la perception *sensible* : toute connaissance procède, à un moment ou à un autre, d’une expérience y compris dans les domaines les plus portés à la spéculation pure (philosophie, théologie etc...). La sagesse populaire serine pourtant qu’ « il ne faut pas s’y fier », que « les apparences sont parfois trompeuses », ou que « l’habit ne fait pas le moine ». LITTRE donne d’ailleurs, parmi ses définitions de l’apparence, celle de « *faux-semblant* » : l’apparence peut aussi être un masque, empêchant une juste connaissance de ce qui est observé.

⁷⁷ Les rapports entre l’apparence des choses et la psychologie humaine sont un sujet inépuisable d’étude dont le champ très large s’étend de la philosophie à la toute récente sémiologie (V. entre autres : P. GUIRAUD, *La sémiologie*, coll. Que sais-je ?, PUF, 1971, p.30 ; U. ECO, *La Structure absente, introduction à la recherche sémiotique*, Mercure de France, 1972 ; du même auteur : *Le Signe : Histoire et analyse d’un concept*, LGF/Livre de Poche, 2002) née au XIX^e siècle des travaux de Charles Sanders PEIRCE (1839-1914) et de Ferdinand de SAUSSURE (1857-1913).

⁷⁸ V. entre autres : G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 4^e éd., t.1, 1959, n°68 ; J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d’apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, LGDJ, 1959.

⁷⁹ A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004, n°6.

sa réalité actuelle, mais de prévoir que cette réalité apparente pouvait être remise en cause *de façon suffisamment probable*. La légitimité de la conviction s'appréciera donc à l'aune de l'idée de *vraisemblance*, et non de *vérité*, laquelle implique nécessairement *une relativité par rapport à l'éventualité d'une remise en cause future* (§1). L'identification d'une croyance légitime⁸⁰ (§2) apparaît alors fondée sur l'unique considération de l'imprévisibilité du risque au moment où les prévisions furent formées.

§1 : La recherche d'une vraisemblance

29. Position philosophique du problème – Toute opération par laquelle l'intelligence se porte vers un objet quelconque passe nécessairement par une appréhension de ses caractéristiques sensibles. La possibilité d'accéder à une connaissance vraie du réel à partir des apparences qui constituent le signe de cette réalité est néanmoins l'objet de débats philosophiques anciens. PLATON déjà enseignait que le philosophe devait sortir de la Caverne, où règnent les apparences, pour aller vers le monde des *Idées*, des essences pures, qui constitue selon lui la réalité⁸¹ : les ombres mouvantes dansant sous les yeux des hommes enchaînés face au mur des Illusions n'étant qu'un reflet trompeur de l'essence des choses, elles ne pouvaient être utilisées comme un instrument pour accéder à la connaissance vraie. A l'inverse de l'idéalisme platonicien, la philosophie réaliste d'ARISTOTE et de Saint Thomas d'AQUIN affirme la possibilité de connaître l'essence des choses à partir des objets sensibles : la forme étant indissociablement liée à la matière, l'appréhension sensible permet d'accéder à celle-là à partir des objets concrets. Dans une telle conception, l'apparence des choses constitue donc un signe fiable de la réalité : elle est une « marque »⁸² qui « communique [...] un sens »⁸³.

⁸⁰ V. entre autres : J-L SOURIOUX, « La croyance légitime », *JCP* 1982.I.3058 ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in. *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 171 ; P. LOCKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.2007.321* ; F. DUPUY, *La protection de l'attente légitime des parties au contrat : étude du droit international des investissements à la lumière du droit comparé*, Paris II, 2007 ; G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, Amiens, 2008 ; M. CHAGNY, et V-L BENAMOU, *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008 ; T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance » in. *Les principes directeurs du droit des contrats – Journées franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT*, Bologne, 19 et 20 octobre 2012, *RDC* 2013.336 ; C. AMATO, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », *ibid.*, p. 351. Comme le souligne un auteur, il est préférable de parler de *confiance/croyance* plutôt que d'*attente* légitime, car « dès lors que la légitimité n'est pas appliquée au seul fait d'être créancier mais à la croyance en l'existence d'une manifestation de volonté, le comportement du débiteur est l'objet exclusif sur lequel prend appui l'attente du créancier. De la sorte, l'acte juridique n'est pas réduit à l'état de simple instrument de satisfaction générale des attentes, seraient-elles légitimes. La théorie de la confiance légitime coupe court à toute tentative d'instrumentalisation de l'acte juridique [...] » (S. OBELLIANE, *Les sources des obligations*, PUAM, 2009, n°117).

⁸¹ PLATON, *La République*, Livre VII.

⁸² J-L SOURIOUX, préc., n°7 et s.

Dans sa quête visant à acquérir une connaissance vraie des choses, l'homme se trouve donc contraint d'en rechercher l'essence à travers l'apparence sensible par laquelle chaque chose s'insère dans le monde et se livre à l'appréhension des individus, et qui peut être définie comme l'« aspect, conforme ou non à la réalité, sous lequel quelque chose, quelqu'un apparaît à la vue ou à l'esprit »⁸⁴, c'est-à-dire le *signe* perceptible par l'intelligence de la réalité des choses.

Le problème du caractère signifiant de l'apparence semble au premier abord se poser de manière différente selon qu'il y a ou non coexistence de la réalité et de l'apparence, du signifié et du signifiant. Dans le premier cas, l'objet de l'opération de connaissance existe au moment où il est considéré, et l'on peut alors penser que toute chose qui *est*, est par là-même toujours *objectivement* connaissable du fait de la correspondance nécessaire entre la matière et la forme, ce qui n'empêche pas évidemment qu'il existe des degrés dans la possibilité d'élaborer une connaissance vraie du réel en fonction des diverses circonstances dans lesquelles s'inscrit l'opération de connaissance. Quoi qu'il en soit, toute méprise pourrait alors être imputée à la seule déficience de l'intelligence observatrice qui n'a pas su saisir la vérité. Dans le second cas en revanche, l'absence de coexistence entre le signe et le signifié conduit à s'interroger plutôt sur la possibilité d'en prévoir l'état à venir à partir de la signification des éléments actuels, dans une démarche nécessairement menée *a posteriori*, et donc influencée par ce que d'autres ont pu désigner comme l'*illusion rétrospective de prévisibilité*⁸⁵. A la vérité une telle vision binaire, sans doute parfaitement juste théoriquement, ne saurait trouver à s'appliquer dans le domaine contractuel, dans la mesure où le processus décrit n'a pas en cette matière une simple valeur cognitive théorique, mais une finalité essentiellement technique : cette valeur, posée en terme de *légitimité*, commande en effet le déclenchement d'un effet de droit quant aux obligations souscrites, soit pour en assurer le maintien, soit pour en exonérer le débiteur...

30. Recherche de la vraisemblance plus que de la vérité – Dès lors, il apparaît que l'appréciation de la valeur de la connaissance doit être menée dans une perspective plus subjective, permettant de lui attribuer un rôle éventuellement exonératoire sur le plan de la rétribution en justice des actes humains. La recherche d'une *vérité*⁸⁶, qui implique une

⁸³ P. GUIRAUD, *op.cit.*, p. 30.

⁸⁴ *Dictionnaire Larousse*, V° apparence.

⁸⁵ J. HEINICH, *op. cit.*, n°10-1.

⁸⁶ Selon Thomas d'AQUIN (*in. De Veritate*, q. 1, article 1, *Resp.*) : « *veritas est aequatio intellectus et rei* » (la vérité est l'adéquation de l'intelligence et des choses).

concordance entre une réalité observable et l'idée que l'on s'en fait, apparaît donc largement inopérante en la matière. En effet, nul ne pourrait nier que toute appréhension intellectuelle d'un objet souffre nécessairement d'une relativité tenant à la contingence de l'état des connaissances⁸⁷, en perpétuelle évolution. Or l'erreur commise de bonne foi ne semble pas pour autant dénuée de toute valeur exonératoire : la théorie de l'apparence en est sans doute la démonstration la plus éclatante⁸⁸. Le droit semble donc se tourner plus évidemment vers une caractérisation plus subjective de la valeur de la connaissance, en recourant à la notion de *vraisemblance* : ce qui *semble* vrai, qui avait l'*apparence* de la vérité⁸⁹.

Celle-ci s'accorde mieux à l'appréhension de la réalité à travers son apparence qui donne naissance à « une conviction, une persuasion. Et dans la mesure où la persuasion, l'assentiment sont attachés à la représentation de la vérité, *la croyance [...] se meut dans la vraisemblance* »⁹⁰. Il peut sembler étonnant au premier abord de recourir à cette notion de vraisemblance, du moins pour rechercher la valeur d'une connaissance. Celle-ci, accordée à l'existence d'une réalité objective, est en effet *soit vraie soit fausse* : l'alternative ne porte que sur la concordance ou la discordance entre le réel et l'idée que s'en fait le sujet pensant. Une telle analyse, quelque peu manichéenne, peine pourtant à rendre compte de la diversité des hypothèses pouvant se rencontrer, en particulier lorsque l'acte de connaissance s'insère dans le domaine très particulier du mécanisme contractuel où l'essentiel de la connaissance à laquelle est arrimée la volition porte sur l'avenir et non sur une réalité existant au moment où celle-ci intervient⁹¹. Pourtant, que l'intelligence se porte sur un objet existant, ou qu'elle cherche à anticiper un événement à venir, l'état réel de celui-ci en cas d'erreur n'apparaîtra, par hypothèse, *que postérieurement à la formation du consentement*. L'erreur, comme la prévision fautive, implique donc certes que soit déplacée au moment de la révélation de la réalité l'appréciation de la valeur de la connaissance, *mais que celle-ci soit menée en considération des éléments d'appréciation dont disposait le sujet lorsque le consentement s'est formé* : ainsi l'erreur vice du consentement devra être appréciée au moment de la

⁸⁷ Cf. le renvoi que l'on fait souvent aux « connaissances de l'art » ou à « l'état actuel des connaissances scientifiques ». V. par ex. l'article 1245-10 du Code civil relatif à la responsabilité du producteur, qui lui permet de s'exonérer entre autres lorsqu'il démontre que « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ».

⁸⁸ Cf. *infra* spéc. n°28 et s.

⁸⁹ LITRE, V° *vraisemblance*.

⁹⁰ J-L SOURIOUX, préc., n°6.

⁹¹ M. le professeur SOURIOUX dénonçait ainsi l'obstination de la doctrine à ne considérer la détermination de la volonté sur un certain objet, à l'origine du contrat, qu'à travers la notion classique d'erreur, sans guère de considération pour une application autonome de celle de croyance légitime : « on raisonne habituellement, soulignait-il, en prenant appui sur une vérité dont la constatation est par hypothèse *postérieure à l'acte de croire* » (*idem*, n°5).

formation du contrat⁹², mais sans que cela fasse obstacle à l'utilisation de connaissances ultérieurement acquises⁹³. Le recours à la notion de *vraisemblance* plutôt qu'à celle de vérité, incline à se défaire d'une simple constatation de la fausseté du raisonnement mené, pour considérer *ce qui pouvait être cru au vu de ce que signifiaient les apparences* (par hypothèse trompeuses) *à l'époque*. Elle implique de toute évidence *une appréciation beaucoup plus souple de la valeur de la connaissance ou de la prévision*, jugée non pas seulement à l'aune des déficiences du sujet dans son appréhension de l'objet à venir, mais aussi à celle de la signifiante des biais par lesquels cette prévision était rendue possible.

Le recours à la vraisemblance permet non seulement une appréciation souple de l'erreur, plus protectrice, mais elle est également plus dynamique, puisqu'elle implique de s'interroger sur la signifiante des circonstances, dans une appréciation mêlant à la fois des considérations objectives et subjectives. La recherche de la vraisemblance se situe alors indéniablement dans une perspective d'appréciation du *risque*, et c'est la prévisibilité ou l'imprévisibilité de celui-ci qui sera considérée.

31. Caractérisation de la prévisibilité par rapport à la vraisemblance – S'interroger sur ce qui était vraisemblable à l'époque où s'est formé le consentement implique de ne pas considérer seulement l'objet sur lequel portait l'opération intellectuelle (qu'il soit actuel ou éventuel ne change rien), *mais aussi l'ensemble des risques qui pèsent sur sa détermination*. La nullité du contrat pour erreur sur les qualités essentielles ne pourra ainsi être invoquée si l'*errans* s'est engagé au vu de ce que semblait être la chose au moment du contrat, en négligeant le risque pourtant connu d'une modification ultérieure : l'erreur en effet sera alors inexcusable car *la vraisemblance ne saurait se satisfaire d'un doute conséquent*⁹⁴. A l'inverse, l'existence d'un risque faible ne devrait pas faire obstacle à l'invocation d'une vraisemblance tant l'esprit se doit de discriminer entre les diverses hypothèses en présence, *celles qui ont une chance suffisante de se réaliser, de celles qui sont totalement improbables*. C'est ainsi que la jurisprudence abondante en matière de rupture des négociations

⁹² Civ. 3, 12 juin 2014, n°13-18446 : Bull. civ. III, n° 83.

⁹³ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 16^e éd., coll. Sirey Université, Sirey, 2014, p. 190.

⁹⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1: *Le contrat - Le consentement*, LGDJ, Lextenso éditions, 4^e éd., 2013, n°1113, p. 880 : « la victime de l'erreur ne doit pas avoir eu conscience, lorsqu'elle s'est engagée, de courir un aléa. Faute de quoi, dit-on souvent, la réalité ultérieurement révélée ne saurait être contraire à sa conviction initiale, puisqu'elle correspond nécessairement à l'une des éventualités alternatives envisagées par elle ». V. aussi : Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, LGDJ, Lextenso éditions, 8^e éd., 2016, n°501 ; G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTDCiv.*1992.305, n°7.

précontractuelles, s'attache à caractériser l'existence de signes suffisamment signifiants pour faire croire à la conclusion prochaine du contrat, nonobstant le risque de non-conclusion qui perdure en raison du principe de liberté contractuelle jusqu'au dernier moment.

Il apparaît ainsi qu'*est vraisemblable ce dont la remise en cause apparaissait comme imprévisible, soit que le risque fut inexistant, soit qu'il fut suffisamment improbable pour être pris en compte*. Au contraire, l'aléa accepté – c'est-à-dire intégré dans l'acte de volonté – chasse l'erreur⁹⁵, quel que soit l'état de la réalité observée (actuelle ou seulement éventuelle) dans la mesure où le risque d'une révélation ultérieure de la réalité des choses étant *prévisible*, la pérennité de l'objet tel qu'il était perçu ou prévu ne pouvait être vraisemblable. La valeur de la connaissance ou de la prévision apparaît alors indissociablement liée à la prévisibilité ou à l'imprévisibilité de sa remise en cause, c'est-à-dire à la possibilité de la prendre en compte *ab initio* au vu des éléments dont disposait l'observateur au moment où furent élaborées les prévisions. Contrairement à l'idée de *vérité*, la vraisemblance comporte ainsi, à travers le recours à l'idée de prévisibilité, une facette tant subjective qu'objective : ce qui est vraisemblable donne en effet naissance à *une croyance* : « l'apparence comme vraisemblance, [...] est un élément de la croyance légitime, son *substratum*, son élément matériel »⁹⁶. Le mécanisme intellectuel par lequel est saisie l'essence des choses conduit à ce que d'aucuns ont appelé une « croyance-opinion [qui] désigne aux yeux des philosophes un sentiment de persuasion, une attitude mentale d'assentiment à des propositions ou énoncés qui sont tenus pour vrais »⁹⁷. Le signe permet l'appréhension de la réalité des choses, mais ce n'est que parce qu'il est objectivement – et antérieurement pourrait-on dire car le poids de l'expérience, tant individuelle que sociale, a ici son importance – reconnu comme un signe vrai qu'il donne lieu à cette croyance. *C'est donc la vraisemblance objective du signe qui est la condition indispensable à l'existence d'une croyance légitime*, car « une persuasion de la vérité attachée à un élément n'existant que dans la pensée du croyant ne saurait constituer une croyance vraisemblable »⁹⁸. Des travaux doctrinaux ont montré que la vraisemblance des signes, ou marques⁹⁹, peut être subjective lorsqu'ils sont attachés à la personne qui joue un rôle en présence du sujet, ou objectives lorsqu'elles ont une existence indépendante¹⁰⁰. Leur valeur

⁹⁵ Article 1133 du Code civil.

⁹⁶ J-L SOURIOUX, préc., n°113.

⁹⁷ J-L SOURIOUX, préc., n°6.

⁹⁸ *Idem*, n°7.

⁹⁹ *Idem, ibid.*

¹⁰⁰ *Idem*, n°8 et 9. M. le Professeur SOURIOUX évoque ainsi, au titre des marques subjectives, l'interprétation d'un texte juridique par un professionnel du droit. La qualité de l'exégète fonde en effet la confiance du profane dans le sens qui sera donné par lui du texte (signe d'une réalité : la norme). De la même façon qu'un vendeur adoptant le comportement d'un propriétaire, c'est-à-dire donnant l'apparence d'avoir juridiquement la qualité de

significative peut en outre être explicite ou implicite¹⁰¹, selon que le sens communiqué se laisse appréhender au prix d'un processus plus ou moins complexe. Ainsi, un titre de propriété immobilière sera le signe vraisemblable que celui qui se propose de vendre est bien propriétaire du bien qu'il prétend céder, tout comme l'implication personnelle dans une négociation et la durée de celle-ci constituent des signes vraisemblables de leur succès prochain dans la formation du contrat projeté¹⁰².

32. Consécration de la croyance légitime dans l'apparence – L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré la notion d'apparence aux articles 1156, 1157 (mandat apparent) et 1342-3 (créancier apparent). Restée longtemps dans l'ombre de quelques travaux doctrinaux peu suivis en leur temps¹⁰³, la notion avait finalement trouvé une consécration jurisprudentielle à l'occasion d'une décision remarquable de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation rendue le 13 décembre 1962 en matière de mandat apparent. La Haute juridiction saisit cette occasion de se prononcer sur les effets juridiques de l'apparence nonobstant une réalité contraire, pour poser solennellement les conditions auxquelles de tels effets peuvent être attachés à une croyance erronée en énonçant que « le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, *ce caractère supposant que les circonstances autorisaient les tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs* »¹⁰⁴. Cette solution est désormais consacrée aux articles 1156 et 1157 du Code

propriétaire (cf. not. le rôle de la possession), pourra susciter la croyance légitime du tiers dans l'existence de son droit de propriété. De la même façon, l'article 222 du Code civil (« si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte ») énonce les signes *pouvant faire naître la croyance légitime du pouvoir de l'époux de faire l'un des actes visés*. Les marques objectives seront à l'inverse, constituées de circonstances indépendantes des parties en présence aussi diverses que les écrits juridiques (effets de commerce, titre de propriété), le papier à en-tête, ou encore l'écharpe tricolore de l'officier d'état-civil célébrant un mariage !

¹⁰¹ *Idem*, n°10 et s. L'appréciation de la valeur significative de la marque permet de distinguer celles dont le sens est suffisamment clair et précis, auquel cas elles sont explicites (par exemple le rapport entre la mention *pour ordre* et la qualité de mandataire), de celles qui sont peu significatives, au premier rang desquelles l'auteur place les comportements humains.

¹⁰² V. par ex. : Riom, 10 juin 1992 : *JCP E* 1993.I.231, note J. SCHMIDT.: lorsque les pourparlers « ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant *pour faire croire légitimement* à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive [...] » (nous soulignons).

¹⁰³ V. not. : E. LEVY, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*, Paris, 1896 ; « La confiance légitime », *RTDCiv.*1910.717 s. ; « Les droits sont des croyances », *RTDCiv.*1924.322 s. Cette vision fut néanmoins vivement critiquée, notamment par RIPERT (« Le socialisme juridique d'E. LEVY », *RCLJ* 1928.26).

¹⁰⁴ Ass. Plén., 13 décembre 1962 (nous soulignons) ; *G.A.J.C.*, n°282 ; *D.*1963.277, note J. CALAIS-AULOY ; *JCP* 1963.II.13105, note P. ESMEIN ; *RTDCiv.*1963.572, obs. G. CORNU. Cette décision constitue une inflexion remarquable de la Cour régulatrice par rapport à la jurisprudence antérieure. Auparavant en effet, le mandat apparent ne pouvait être mis en œuvre à l'encontre du pseudo-mandant qu'à la condition que soit prouvée une faute de sa part à « *laisser s'établir et prospérer une apparence trompeuse* » (Cass., 27 novembre 1929 ; *DH*

civil¹⁰⁵. Il en résulte d'une part qu'au-delà de la vérité de la croyance c'est la légitimité de celle-ci qui peut appeler une certaine considération juridique, et d'autre part que celle-ci repose sur le caractère *vraisemblable* de la croyance dont découle la *dispense de vérification*¹⁰⁶.

Mais la jurisprudence a étendu le critère de l'apparence pour attribuer la qualité de contractant à un tiers qui, sans avoir manifesté de volonté en ce sens, aurait néanmoins donné aurait créé une apparence pouvant donner à croire en sa qualité de contractant¹⁰⁷. Dans un arrêt du 18 février 2016¹⁰⁸, la troisième chambre civile réforma ainsi la décision des juges du fond qui avaient certes caractérisé une imixtion du tiers dans la relation contractuelle, mais sans montrer en quoi elle était « de nature à créer pour la S.A.R.L une apparence trompeuse *propre à lui permettre de croire légitimement que cette société était aussi son cocontractant*, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Ainsi que le soulignait un auteur à cette occasion : « l'immixtion est une condition nécessaire mais pas suffisante pour attribuer la qualité de contractant à un tiers qui se mêle des affaires contractuelles d'autrui »¹⁰⁹, désormais en effet, il semble qu'il faille passer par la qualification de *contractant apparent*, qui « procédera du comportement de ce tiers, de son immixtion dans les affaires du contractant d'origine, qui aura pu emporter la croyance légitime du cocontractant de celui-ci en sa qualité de contractant. Le tiers et le contractant ne deviennent contractuellement liés qu'en raison de

1930.68 ; *RTDCiv.*1930.109 et 370 obs. R. DEMOGUE), cause de l'erreur légitime du tiers. Le juge devait alors vérifier que le pseudo-mandant avait dissimulé aux tiers l'étendue réelle des pouvoirs du mandataire, ou rédigé « le mandat en des termes qui ont permis une erreur d'interprétation et en ne surveillant pas l'emploi qu'en a fait le mandataire » (*G.A.J.C.*, p.727, n°3).

On était alors dans un mécanisme classique de responsabilité civile, dont l'artificialité avait été critiquée par la doctrine (J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, Montpellier, 1959, n°56 et s.). Sous ce premier aspect, la décision de 1962 apparaît, sinon réellement innovante (*G.A.J.C.*, p.781, n°4), du moins comme la consécration d'une inflexion majeure de la jurisprudence de la haute juridiction. Or la conséquence en est que désormais « l'apparence est ainsi pour le mandant une source d'obligation, indépendamment de toute référence à la responsabilité délictuelle » (F. COLLART DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015, n°659), ce qui évidemment confère à l'apparence une importance accrue dans la détermination des obligations exigibles par le tiers. Seule compte finalement la prévision que celui-ci a fondé sur le signe qui lui était donné à voir, dès lors bien sûr que la croyance dans celle-ci apparaît comme légitime. Il convient enfin de noter que le principe de confiance légitime a intégré l'ordre juridique communautaire en 1978 : C.J.C.E 3 mai 1978, *Töpfler c/ Commission*, Rec. 1978, p.1019.

¹⁰⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexis Nexis, 2016, p. 246.

¹⁰⁶ J-L SOURIOUX, préc., n°5 s. On pourra se référer par exemple sur ce point à la jurisprudence relative à l'annonce de gains en matière de loterie publicitaire : cf. *infra* n°53.

¹⁰⁷ V. par ex. : Com. 12 juin 2012, n° 11-16.109 : *D.*2013.584, chron. J. SCHMEIDLER ; *RTDCiv.*2012.546, obs. P-Y. GAUTIER ; *CCC* 2012. Comm. 203, obs. N. MATHEY ; Com. 3 févr. 2015, n°13-24.895 : *RTDCiv.*2015.388, obs. H. BARBIER ; *RDC* 2016.35, obs. R. LIBCHABER ; Civ. 3, 18 février 2016, n° 15-10.007 : *D.*20161120, note D. MAZEAUD.

¹⁰⁸ Civ. 3, 18 février 2016, n° 15-10.007 : *D.*20161120, note D. MAZEAUD.

¹⁰⁹ D. MAZEAUD, « Le contractant apparent », *D.*2016.1120, n°10.

l'immixtion du premier dans la gestion des affaires du contractant initial *qui crée une apparence dans la qualité de contractant du tiers* »¹¹⁰.

La vraisemblance en effet repose sur le sens *normalement perceptible* de l'apparence : « la croyance est vraisemblable lorsqu'elle est attachée à l'existence de marques reconnues significatives de vérité et qui, en conséquence dispense de vérification »¹¹¹. En effet, comme le souligne un auteur « l'expérience démontre que le vraisemblable n'est pas toujours le vrai. D'où la réaction logique de vérifier. Le droit fait peser sur les personnes un devoir de vérification [...] »¹¹². Une croyance, même vraisemblable, *ne saurait être légitime si le processus intellectuel de connaissance de l'objet n'est pas adapté aux diligences normalement attendues en fonction du degré de complexité de la connaissance considérée*. Il y a certes là une intrusion de considérations autres que seulement psychologiques, faisant appel aux notions de responsabilité, de bonne foi, sur lesquelles il conviendra de revenir par la suite, mais nous nous contenterons pour l'instant, sans rechercher la *ratio legis*, d'évoquer le mécanisme de connaissance d'un point de vue seulement technique.

33. Un contrôle des diligences accomplies dans le processus de connaissance – Toute croyance *s'appuie sur une persuasion de la véracité* – c'est-à-dire l'adéquation entre le réel et sa représentation intellectuelle – de la connaissance. Une croyance *stricto sensu* ne peut donc qu'être conviction, définie par LITTRÉ comme la « nécessité où l'on met quelqu'un, *par des preuves*, de reconnaître la vérité qu'on lui présente »¹¹³. La légitimité de la croyance se voit donc arrimée à l'absence légitime de vérification de la véracité des éléments sur lesquels elle se fonde (laquelle dépendra évidemment des circonstances), où l'on pourrait voir une application de l'adage : *à l'impossible nul n'est tenu*. Le juge ou la loi pourront ainsi admettre que le sujet fonde sa croyance sur le sens apparent, sans aller au-delà du signe, lorsque la vérité ne peut être connue au moment de l'acte de croire¹¹⁴. Qu'en est-il alors de la vraisemblance lorsque pèse sur l'état définitif de la réalité un risque lié à son caractère encore éventuel au moment de l'acte de croire ? Comment peut-on déterminer sa volonté en fonction d'une certaine réalité encore en devenir ?

¹¹⁰ *Idem*, n°13.

¹¹¹ M-P PEIS-HITIER, « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA*, 25 janv. 2006, n°18, p. 12 (nous soulignons). V. aussi : C.J.C.E, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*, qui évoque des « espérances fondées ».

¹¹² J-L SOURIOUX, préc., n°14.

¹¹³ LITTRÉ, V° conviction.

¹¹⁴ J-L SOURIOUX, préc., n°23 s.

Au contraire de l'erreur l'idée de vraisemblance apparaît pleinement apte à jouer le rôle d'étalon de la légitimité de la croyance lorsque celle-ci fait fond sur un mécanisme de prévision ou d'anticipation. Il conviendra alors de considérer les signes dont disposait le sujet au moment de la conclusion du contrat, afin de voir s'il était en mesure de prévoir la réalité advenue *à partir de leur sens interprété à l'aune de la normalité*¹¹⁵. Se pose alors la question, non plus de la vérité, inepte dans une telle hypothèse, *mais de la prévisibilité* de ce sur quoi portait le processus intellectuel, notion qui apparaît en réalité doublement protectrice à l'égard de la partie victime d'une croyance trompée. D'une part parce que, plaçant le juge non au moment de la révélation à l'origine de la discordance entre ce qui est et ce qui avait été anticipé, mais à celui de l'action intellectuelle de prévision (lors de la formation du contrat par l'émission d'une volition), elle attrait la question qu'il est amené à se poser, non sur le terrain binaire de la vérité ou de l'erreur de la croyance, *mais sur celui plus psychologique de la vraisemblance de ce qui a été cru*. Or cela permet une souplesse appréciable dans le domaine, par exemple, des ventes d'art où la vérité d'une attribution est très relative et jamais dénuée d'un certain risque¹¹⁶. Ensuite parce que, à la différence de l'erreur, la notion de croyance légitime accordée à l'idée de prévisibilité permet une appréciation beaucoup plus dynamique de l'acte de volonté, en reliant certes la formation du contrat à son exécution¹¹⁷, mais en jouant aussi un rôle délié de la traditionnelle et contraignante chronologie contractuelle, en permettant une appréciation continue *de la pertinence des prévisions (au sens psychologique) tout au long du processus contractuel*.

§2 : L'existence d'une croyance

34. Introduction – La croyance légitimement fondée sur une apparence vraisemblable est prise en compte par le droit, et peut être créatrice de droits¹¹⁸. Dans certaines circonstances le droit va en effet être amené à *confirmer la situation de celui qui s'est légitimement trompé* :

¹¹⁵ Pour M. OBELLIANE, « les concepts de bonne foi, croyance légitime et caractère raisonnable partagent la même fonction : qualifier la perception du créancier dans le sens de la normalité [...] » (S. OBELLIANE, *op. cit.*, n°344).

¹¹⁶ Cf. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1: *Le contrat - Le consentement*, LGDJ, Lextenso éditions, 4^e éd., 2013, n°1118.

¹¹⁷ Par la considération accrue de ce qui était attendu par le sujet tant en ce qui concerne l'existence même du contrat que son contenu, et qui se trouve éventuellement déjoué postérieurement à la volition émise au vu des conditions présentes lors de la formation.

¹¹⁸ J-L SOURIOUX, préc., n°70. V. aussi entre autres : M-P PEIS-HITIER, préc., p. 8 ; D. MAZEAUD, « Confiance légitime et Estoppel », *RIDC* 2006, vol.58, n°2 ; T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », in. *Les principes directeurs du droit des contrats*, Journée franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT, Bologne, 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013.336 ; C. AMATO, préc., p. 351.

d'une part, un certain nombre de mécanismes vont conduire à consacrer les prévisions légitimement élaborées au vu d'une apparence portant sur *le lien contractuel* lui-même (A), mais une relecture de la théorie des vices du consentement peut permettre de considérer qu'elle est un instrument de protection du *contenu apparent du contrat* contre les remises en causes imprévisibles (B).

A) La croyance dans l'apparence du lien contractuel

35. Annonce du plan – Deux hypothèses peuvent être examinées : d'une part, il s'agira à travers la théorie de l'apparence¹¹⁹ (1), de protéger celui qui aura cru à tort dans l'*existence* d'un lien contractuel valable ; d'autre part il conviendra de prendre en compte la croyance déçue dans la *persistance* d'une relation précontractuelle (2).

1. La croyance dans l'existence du lien contractuel

36. La considération de l'apparence du droit à travers la théorie de la propriété apparente –

La titularité du droit objet de la convention est nécessaire à l'efficacité¹²⁰ de celle-ci, en vertu du principe classique *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*¹²¹. Ainsi l'acquéreur d'un bien, mobilier ou immobilier, se trouvera confronté à une remise en cause de la cession qu'il croyait efficace, dès lors qu'il apparaît ultérieurement que le cessionnaire n'était pas en réalité titulaire des droits qu'il prétendait avoir sur la chose objet du contrat. Plusieurs dispositifs permettent alors de protéger l'acquéreur de bonne foi...

En matière mobilière la présomption de l'article 2276 du Code civil et la règle de résolution de conflit en cas de cession successive du même bien de l'article 1198 alinéa 2, consacrent l'apparence du droit sur la réalité de celui-ci : « le possesseur est celui qui, par principe,

¹¹⁹ La théorie de l'apparence a pour but de faire « produire des effets à l'égard des tiers qui, par suite d'une erreur légitime, ont ignoré la réalité » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *apparence (théorie de l')*). Elle est un ensemble de mécanismes regroupés par la doctrine en un système global appelé théorie de l'apparence, qui va permettre de protéger les sujets de droit de « ce qui est trompeur, illusoire, [de] ce qui s'oppose à la réalité » (A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°6). On lui assigne classiquement des finalités de sécurité et de célérité des relations juridiques, principalement commerciales (Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 119), et de fait, en accordant une certaine valeur à ce qui a été légitimement cru par le contractant trompé par une apparence à laquelle se serait laissé prendre tout individu raisonnable, cette théorie juridique conduit à sécuriser les relations contractuelles en protégeant la confiance dont elles procèdent nécessairement. Lors de l'élaboration des prévisions, cette apparence trompeuse peut affecter soit *les droits* soit *les pouvoirs* des contractants. Dans les deux cas elle conduit le cocontractant à se méprendre sur l'existence du contrat qu'il pensait conclure.

¹²⁰ Sur le débat relatif à la nature de la sanction v. : A DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°35.

¹²¹ « Nul ne peut transférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même ». L'on trouve aussi : *nemo dat quod non habet* (« Nul ne donne ce qu'il n'a pas »). Cf. H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n°259.

accomplit des actes *qui rendent vraisemblable* sa qualité de propriétaire. Par conséquent, un véritable possesseur est nécessairement *celui qui parvient par son comportement à faire croire au tiers qu'il est propriétaire*. Aux yeux des tiers, il peut être perçu comme un véritable propriétaire »¹²². En plus de sa fonction probatoire classique, la règle a donc une fonction acquisitive dans laquelle il est possible de voir une application de la théorie de l'apparence¹²³, puisqu'elle conduit à valider, nonobstant une réalité contraire, les contrats visant à transférer un droit réel principal ou accessoire portant sur un meuble corporel¹²⁴. Comme le souligne un auteur « on part de l'idée qu'en matière mobilière l'acheteur n'a ni le temps ni la possibilité de vérifier les droits du vendeur sur la chose, et qu'il est donc contraint de se fier à l'apparence du droit, c'est-à-dire à la possession »¹²⁵.

En matière immobilière¹²⁶, la jurisprudence a élaboré une théorie de l'apparence¹²⁷. Les circonstances constitutives de l'apparence erronée, cause de l'inefficacité imprévisible du contrat, sont diverses. Certaines présentent néanmoins un intérêt certain. Ainsi de l'hypothèse d'une simulation¹²⁸ : quant à ses effets à l'égard des tiers (les seuls qui ont ici un intérêt), l'article 1201 du Code civil dispose que « lorsque les parties ont conclu *un contrat apparent* qui dissimule un contrat occulte, ce-dernier appelé aussi contre-lettre [...] n'est pas opposable aux tiers, qui peuvent néanmoins s'en prévaloir ». Le droit ouvre donc une option aux tiers qui ignoraient de bonne foi l'existence de la contre-lettre : ils peuvent se prévaloir de l'acte

¹²² J. DJOUDI, « Possession », *in. Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013, n°7 (nous soulignons).

¹²³ A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°96. V. aussi : J-L SOURIOUX, préc., n°16 qui cite cette disposition en exemple des dispenses légales de vérification : « en vertu de cette règle, l'acquéreur qui a une croyance vraisemblable en la qualité de propriétaire de son vendeur se voit dispensé de rechercher s'il y a concordance entre la vraisemblance et la vérité ».

¹²⁴ Les meubles incorporels se trouvent en effet exclus du champ d'application de l'article 2276 du Code civil : Civ. 1, 6 mai 1997, Bull. civ. I, n°144.

¹²⁵ *Idem*, n°469.

¹²⁶ V. aussi l'article 1198 alinéa2 du Code civil qui fixe désormais la règle de résolution d'un conflit né de cessions successives d'un même immeuble.

¹²⁷ Laquelle s'est d'abord développée à l'occasion des contrats passés par l'héritier apparent (V. not. : Cass. Civ., 26 janvier 1897, S. 1897, 1, 313 ; DP. 1900, 1, 33, note SARRUT), avant de trouver à s'appliquer de manière générale.

¹²⁸ Du latin *simulare* : feindre. La simulation est un « mensonge concerté : les parties créent volontairement une convention apparente, différente de la convention réelle, qui reste cachée. Il y a donc dédoublement de contrats. D'une part, un acte ostensible, destiné à être connu des tiers ; on l'appelle aussi l'acte apparent, ou encore l'acte simulé. D'autre part, un acte secret, rétablissant la vérité entre les parties ; on l'appelle aussi, comme le fait le Code civil (Article1321), la contre-lettre » (Ph. MALAURIE, *op. cit.*, p. 411). Si le rattachement de la simulation à la théorie de l'apparence ne fait pas l'unanimité (les auteurs sont partagés. V. not. pour : A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°65 ; contre : G. TAORMINA, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, Paris XII, 1991, n°262), il est néanmoins remarquable que les juges portent une attention particulière à « l'erreur *que la force invincible des apparences* avait provoqué dans l'esprit [...] » (Cass. civ., 25 avril 1939, DP. 1940, 1, 12. Nous soulignons) du contractant trompé.

apparent¹²⁹ ou bien de l'acte secret¹³⁰. Mais en cas de conflit entre deux tiers, l'un invoquant l'acte apparent, l'autre l'acte secret, *les juges font prévaloir l'apparence sur la réalité* en donnant raison à celui qui invoque l'apparence « en considération de l'erreur que la force invincible avait provoqué dans l'esprit de [celui-ci] sur la valeur et la solidité du titre ostensible sur lequel paraissait reposer la possession paisible et prolongée [...] »¹³¹. L'impossibilité raisonnable de prévoir la remise en cause du droit que l'on pensait fermement établi, *conduit donc à privilégier les prévisions, quoi qu'erronées, sur la réalité dont la révélation ultérieure n'était pas prévisible*, au seul motif de la discordance du signe et du signifié.

37. La considération de l'apparence de pouvoir dans la représentation – Les mécanismes de représentation¹³² offrent également une illustration de l'importance que revêt le critère de l'imprévisibilité.

Le pouvoir conféré au représentant peut être général ou spécial¹³³, et son étendue est déterminée par la loi, le juge, ou le contrat. La représentation est donc un mécanisme qui met aux prises trois intervenants, le représentant étant en quelque sorte une « interface » entre les deux volontés concourant au contrat. Là encore l'apparence joue un rôle essentiel car la volonté réelle du représenté, dont dépend l'efficacité du contrat – qui ne semble souffrir d'aucun aléa dans le mécanisme du mandat¹³⁴ – *ne sera donc connue qu'à travers ce qu'en donnera à voir le mandataire*, et en traitant avec celui-ci, investi en apparence d'un mandat, le tiers sera donc fondé à croire en l'efficacité de la concordance des consentements donnant

¹²⁹ Cass. Civ., 15 mai 1944, DA.1944.86 ; Com. 25 avr. 1977 (n°75-13195) : Bull. civ. IV, n° 114 ; à l'inverse le tiers complice de la simulation ne peut se prévaloir de l'acte ostensible : Civ.3, 8 juill. 1992 (n°90-12452) : Bull. civ. III, n°246 ; JCP 1993.II.21982, note WIEDERKEHR.

¹³⁰ Les tiers peuvent se prévaloir de l'acte secret lorsqu'il y va de leur intérêt : Civ.1, 19 juin 1984 (n°83-12396) : Bull. civ. I, n°205 (arrêt de principe) ; Com. 14 mai 1985 (n° 83-15047) : Bull. IV, n°153 ; Civ.1, 17 sept. 2003 (n°83-15047) : Bull. civ. I, n°181 ; RTDCiv.2004.93, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹³¹ G.L (DP 1940.I.12), sous Civ., 25 avril 1939 (G.A.J.C, n°169), cité par Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 416.

¹³² V. not. en matière de représentation conventionnelle l'article 1984 alinéa 1 du Code civil qui définit le mandat comme « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom », mais aussi et plus généralement en droit commun les articles 1153 à 1161 du Code civil introduits par l'ordonnance du 10 février 2016 sous un paragraphe intitulé « *La représentation* », et qui comporte sensiblement les mêmes dispositions. Notamment, l'article 1153 dispose que « le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir *que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* » et de ce fait, « lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté. Lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant » (Article 1154).

¹³³ Cf. article 1155 du Code civil.

¹³⁴ A la différence de la promesse de porte-fort, dans laquelle le promettant est engagé personnellement jusqu'à la ratification de l'engagement par le tiers. Le mécanisme est ici marqué par un aléa évident puisque le tiers conserve la faculté de s'engager comme de ne pas s'engager par la ratification.

naissance au contrat. Une discordance entre ce qui est perçu par le tiers et la qualité réelle ou encore l'étendue des pouvoirs de celui avec qui il traite sera donc la cause d'une malformation imprévisible du contrat, auquel manquera le consentement du pseudo-représenté.

Il se peut d'abord qu'un mandataire soit réellement investi d'un pouvoir de représentation, mais ne fasse pas connaître à son interlocuteur qu'il agissait ès qualités. Le cocontractant croira traiter avec le mandataire sans savoir qu'en réalité celui-ci n'agissait pas pour lui-même mais pour le compte d'un autre et ce n'est qu'après la conclusion du contrat qu'il se rendra compte de son erreur : son cocontractant ne sera pas en effet celui avec qui il avait traité et avec lequel il pensait être engagé, mais une autre personne qui, par le jeu de la représentation, aurait normalement vocation à se trouver engagée dans les liens contractuels.

A l'inverse, dans l'hypothèse normale d'un mandataire traitant au nom d'une autre personne avec un tiers dument informé de l'existence du mandat, le représentant apparaît donc aux yeux de celui-ci investi du pouvoir nécessaire pour agir à la place du représenté et l'engager. Le mécanisme de la représentation dite *parfaite* apparaît donc marqué par une grande certitude : aucun aléa ne pèse en effet sur l'engagement du représenté dès lors que son représentant agit conformément au mandat reçu, et une fois sa mission accomplie, il est appelé à s'effacer pour ne laisser dans la relation contractuelle que le tiers et celui pour le compte duquel il agissait. « Lorsque le mandat est « sans histoire », souligne ainsi un auteur, ses effets à l'égard des tiers s'expriment par un double mouvement : *l'effacement du mandataire, l'apparition du maître de l'affaire* »¹³⁵. Cette absence d'aléa constitue d'ailleurs la caractéristique déterminante de la représentation parfaite, permettant de la distinguer d'autres mécanismes de représentation, telle la promesse de porte-fort dans laquelle subsiste l'incertitude de la ratification de l'accord souscrit pour le compte d'autrui. Si l'automaticité du mécanisme semble être à même d'en chasser l'aléa, une part résiduelle d'incertitude subsiste, ainsi que le laisse entendre l'article 1998 al.2 du Code civil : « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, *conformément au pouvoir qui lui a été donné* »¹³⁶. Il résulte de ce texte que l'espace de certitude dont bénéficie le tiers quant à l'engagement de celui avec qui il entend traiter à travers le mandat, se trouve enserré dans les limites posées au pouvoir du représentant, dont l'étendue est déterminée par la loi, le juge, ou le contrat de mandat lorsqu'il s'agit d'une représentation conventionnelle. Au-delà de celles-ci règne l'aléa de la liberté contractuelle dont bénéficie le mandant : « il n'est tenu de ce qui a

¹³⁵ Ph. LE TOURNEAU, « Mandat », *in. Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2017 (à jour : sept. 2017), n° 326. Souligné par l'auteur

¹³⁶ Nous soulignons.

pu être fait au-delà, poursuit le texte, *qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ». A défaut, « les actes qui procèdent d'un dépassement, d'un détournement, ou d'un défaut de pouvoir, n'ont en principe aucun effet à l'égard du représenté »¹³⁷. Dès lors, du point de vue du tiers contractant, la croyance certaine dans l'engagement du représenté ne serait *a priori* acquise qu'une fois vérifiée l'étendue du pouvoir dont dispose le représentant, et constatée l'adéquation de l'engagement pris avec lesdits pouvoirs¹³⁸.

Dans les deux situations exposées, se retrouvent certaines similitudes. A chaque fois le tiers pense contracter avec une personne qui se révèle *a posteriori* ne pas être celle avec qui il croyait être engagé, en raison d'une apparence trompeuse sur laquelle il a fondé ses prévisions : dans le premier cas, le représentant a donné l'apparence d'agir « de lui-même et pour lui-même, *proprio motu et in proprio nomine* » selon les mots d'un auteur¹³⁹, dans le second à l'inverse, il s'est « comporté comme un mandataire, induisant en erreur le tiers contractant »¹⁴⁰. Les réponses apportées par le droit à ces diverses situations apparaissent elles-aussi similaires, du moins quant à leur fondement. Ainsi, quand le mandataire, même lorsque cela ne procède d'aucune mauvaise foi de sa part, a omis de faire état auprès de son cocontractant du mandat dont il était investi, il sera tenu lui-même de l'obligation souscrite, et s'« il pouvait avoir l'intention de faire endosser cette promesse par son mandant, [...] cette intention, cachée au tiers, ne peut pas avoir de retentissement sur le contrat que ce dernier *a cru conclure avec le mandataire* »¹⁴¹. C'est donc la croyance légitime du tiers qui est considérée par le droit¹⁴² : cette solution tend à privilégier l'apparence sur laquelle s'est fondée le tiers plutôt que l'état réel des pouvoirs, le signe sur le signifié, au détriment, le cas échéant, du mandat pourtant tout à fait valable dont le représentant était investi. L'hypothèse d'un dépassement, voire d'un défaut de pouvoir, donne lieu à des solutions semblables : à la condition préalable évidente que l'ignorance de ce dépassement ou de ce défaut par le tiers soit légitime, la croyance du tiers dans l'apparence de représentation sera protégée. L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs sera opposable au

¹³⁷ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°1074 (nous soulignons).

¹³⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, p. 196 ; J-M MOUSSERON, P. RAYNARD, J-B SEUBE, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017, n°200.

¹³⁹ Ph. LE TOURNEAU, *préc.*, n°346.

¹⁴⁰ *Idem*, n°347.

¹⁴¹ *Idem*, n°346 (nous soulignons). V. not. : Civ.1, 17 novembre 1993, Bull. civ. I, n°329; *Deffrénois* 1994.791, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁴² Cf. Civ. 1, 30 mars 1965 : D.1965.559 : « Si, en principe, le mandant n'est pas obligé envers les tiers pour ce que le mandataire a fait au-delà du pouvoir qui lui a été donné, il en est autrement *lorsqu'il résulte des circonstances que le tiers a pu légitimement croire* que le mandataire agissait en vertu d'un mandat et dans les limites de ce mandat » (nous soulignons).

représenté si le tiers « a *légitimement cru* en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment *en raison du comportement ou des déclarations du représenté* »¹⁴³. A l'inverse, le représenté pourra invoquer la nullité de l'acte « si le tiers avait connaissance du détournement *ou ne pouvait l'ignorer* »¹⁴⁴, c'est-à-dire lorsqu'il ne sera pas en mesure d'invoquer une croyance légitime, car *in fine* la révélation ultérieure du défaut de pouvoir s'avérait prévisible.

2. La croyance dans la persistance d'une relation précontractuelle

38. Le contrôle de la prévisibilité des comportements¹⁴⁵ – Le comportement des contractants au cours de l'ensemble du processus contractuel constitue un signe pouvant être raisonnablement perçus comme le reflet exact de la volonté interne, et ce faisant susciter une croyance légitime. Ainsi, « le comportement de celui qui rompt les négociations contractuelles est considéré par la jurisprudence comme fautif lorsqu'il a consisté à tromper la confiance légitime de l'autre en lui faisant faussement espérer qu'il souhaitait aboutir à la conclusion du contrat »¹⁴⁶.

39. Les fiançailles contractuelles – Pour dépeindre la période précontractuelle, l'image des fiançailles est souvent évoquée¹⁴⁷ car elle est parlante. Comme les fiançailles la négociation est une période ambiguë, où les parties sont tout à la fois encore libres et déjà engagées. La liberté porte sur le contrat à venir, pour lequel, si elles s'engagent à mener toutes les discussions utiles, il ne saurait être question de leur reprocher de ne point avoir réussi à le conclure : principe fondamental de notre droit, la liberté contractuelle est celle qui permet de contracter *comme de ne pas contracter*¹⁴⁸. Pourtant, lorsqu'elles entrent en pourparlers, les parties, par ce seul fait, s'engagent déjà à un minimum sans lequel l'idée même de négociation ne saurait exister : « si la période précontractuelle reste marquée par des incertitudes quant à son issue ou quant aux termes du futur accord, explique un auteur, une conviction découle de l'entrée en pourparlers : lorsque les parties s'engagent dans des

¹⁴³ Article 1156 du Code civil.

¹⁴⁴ Article 1157 du Code civil.

¹⁴⁵ Il semble raisonnable de voir dans ce contrôle une application de la théorie de l'apparence : c'est notamment la position de M. le doyen MESTRE (V. not. ses obs. sous CA Riom, 10 juin 1992, *RTDCiv.*1993.343, n°1, et sous CA Paris, 5 novembre 1999, *RTDCiv.*2000.104). V. aussi : Mme DANIS-FATÔME (*op. cit.* p.479 s.) qui l'évoque dans une partie intitulée « *Proposition d'applications nouvelles du mécanisme de l'apparence [...]* »).

¹⁴⁶ A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°798.

¹⁴⁷ B. BEIGNIER, *La conduite des négociations*, Colloque "La négociation", Toulouse, 1998, *RTDCom.*1998.464 ; Ph. LE TOURNEAU, *La rupture des négociations*, *idem*, spéc. n°3 & 13.

¹⁴⁸ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°710.

négociations, elles ont pour but la conclusion du contrat. Il s'agit là de l'essence même des pourparlers »¹⁴⁹. *L'interprétation du comportement du négociateur se fera donc nécessairement par référence à cette volonté commune, dont il sera perçu comme le signe.* Si l'un des négociateurs initiait ou poursuivait des négociations dans un but autre, l'apparence en fonction de laquelle le partenaire détermine sa volonté se révélerait insignifiante par l'évidente divergence entre la volonté perçue par le partenaire à travers le comportement, et le but réellement poursuivi.

La jurisprudence semble désormais bien établie, qui sanctionne les éventuelles discordances pouvant se révéler entre ce qui était donné à voir à l'autre et la volonté réelle, et la consécration récente par les textes¹⁵⁰ de la bonne foi comme exigence fondamentale des négociations précontractuelles devrait indéniablement la conforter. Le critère retenu est génériquement celui de *l'avancée des négociations*¹⁵¹, laquelle, évidemment, sera appréciée en fonction de ce qui était donné à voir au partenaire, et non d'une concordance réelle des volontés.

40. La prise en compte de la durée de la relation – Ce sont en premier lieu les circonstances de fait qui peuvent alimenter la croyance dans l'avancée des négociations¹⁵². Ce sera notamment le cas de pourparlers s'étant étendus sur un temps très long et ayant occasionné de nombreuses études¹⁵³. L'ancienneté d'une relation, en particulier, sera souvent prise en compte¹⁵⁴, car elle joue un rôle prépondérant dans la perception qu'ont les parties de l'avenir de celle-ci. Une forme d'enracinement dans la durée, qui l'affermite au fur et à mesure que le temps qui passe conforte sa pérennité. Là encore la comparaison avec les fiançailles est

¹⁴⁹ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. FABRE-MAGNAN, PUAM, 2012, n°181.

¹⁵⁰ Article 1112 du Code civil.

¹⁵¹ V. par exemple : Com. 18 janvier 2011, n°09-14617 : « M. X..., qui avait rompu sans raison légitime, brutalement et unilatéralement, *les pourparlers avancés* qu'il entretenait avec son partenaire qui avait déjà, à sa connaissance, engagé des frais et qu'il avait maintenu volontairement dans une incertitude prolongée en lui laissant croire que l'affaire allait être conclue à son profit, avait manqué aux règles de la bonne foi dans les relations commerciales et avait ainsi engagé sa responsabilité délictuelle envers M. Y... » (nous soulignons).

¹⁵² Com., 20 mars 1972 (n°70-14154), Bull. civ. IV, n°93, *JCP G* 1973.II.17543, note J. SCHMIDT; *RTDCiv.* 1972.779, obs. DURRY.

¹⁵³ Com. 7 avril 1998 (n°95-20361).

¹⁵⁴ Par exemple : Com. 7 janvier 1997 (n°94-21561): « Mais attendu, [...] qu'après avoir retenu que les pourparlers entre les deux sociétés s'étaient déroulés *pendant une longue période*, et que des contacts prolongés avaient été volontairement maintenus pour parvenir au projet final en demandant qu'il soit apporté des modifications aux trois propositions élaborées par la société Eurolocatique, et que la Banque franco-allemande avait, sans explication, refusé ces trois propositions et, *sans motif légitime*, rompu brutalement les pourparlers, la cour d'appel justifie ainsi légalement sa décision en déduisant de ces constatations que la banque franco-allemande a eu un comportement fautif... » (nous soulignons). V. aussi : Versailles, 21 septembre 1995 ; *RJDA* 1996, n°178 et 179 ; Lyon, 22 mai 2008 (n° 07/02305) ; Limoges, 6 mars 2014, (n° 13/00260).

parlante : plus la rupture intervient de manière tardive, plus elle sera susceptible d'être considérée comme fautive¹⁵⁵, car la durée est l'aune à laquelle se mesure la solidité de toute chose. Qu'elle prenne fin brusquement, et les conséquences en seront d'autant plus graves que la confiance dans sa pérennité était fermement appuyée sur une situation qui semblait en apparence raisonnablement dénuée de risque quant à son issue : « la rupture des pourparlers devient donc de moins en moins admissible à mesure que les discussions avancent et qu'augmente la croyance de l'autre partie en la bonne fin de l'opération »¹⁵⁶.

Néanmoins, si la durée des pourparlers est évidemment prise en compte, il apparaît cependant qu'elle ne l'est pas pour elle-même, *mais plus en raison de l'intensité des négociations dont elle est en principe*¹⁵⁷ le support. Quoi qu'il en soit c'est bien l'observation d'un état objectif de la situation qui amène à considérer qu'une remise en cause était imprévisible¹⁵⁸. La Cour de Riom énonçait ainsi que lorsque les négociations « ont atteint en durée et en intensité un degré suffisant pour faire croire légitimement à une partie que l'autre est sur le point de conclure et, partant pour l'inciter à certaines dépenses, la rupture est alors fautive [...] »¹⁵⁹.

La croyance légitime pourra également – les deux vont de toute façon le plus souvent de pair – être fondée *sur l'implication du partenaire dans les négociations* : la création de l'apparence trompeuse lui est alors directement imputable, et il ne lui sera pas reproché de n'avoir pas détrompé son interlocuteur, mais d'avoir lui-même contribué à la créer. Ainsi, alors que les juges du fond avaient retenu le caractère non fautif d'une rupture en raison de l'absence d'intention de nuire, la Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1382 du Code civil, cassa la décision au motif « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle retenait que les pourparlers avaient été très avancés, que M. X... n'avait pas hésité à présenter M. Y... comme son associé et que celui-ci était considéré comme tel par les tiers, *qu'il avait entretenu son confrère dans l'espoir d'une association* à laquelle il avait finalement renoncé sans pour autant démontrer des manquements professionnels de celui-ci, mais guidé seulement par un "excès de prudence", la cour d'appel, [...] n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres

¹⁵⁵ Com., 7 janvier 1997 : *RTDCiv.*1997.651, obs. J. MESTRE ; Civ. 1, 6 janvier 1998 : *Defrénois*, 1998.741, obs. D. MAZEAUD.

¹⁵⁶ B. FAGES, « La rupture des pourparlers », in. B. FAGES, P. FLEURY (s. la dir.), *Lamy Droit du contrat*, juill. 2017, n°184.

¹⁵⁷ Il est cependant possible que des pourparlers soient très avancés quant à leur objet, en dépit d'une durée brève (*idem*, n°182). V. par ex. : Civ. 1, 6 janv. 1998, n°95-19.199, Bull. civ. I, n°7 : *JCP G* 1998, II, n°10066, note B. FAGES.

¹⁵⁸ V. not. : Paris, 5 novembre 1999 : « si aucun accord n'a pu être formalisé, il n'en demeure pas moins que, *au regard de l'avancement significatif des pourparlers*, la société Prometech était en droit d'escompter l'engagement comme « sponsor » de la société Daewoo Automobiles France pour le trophée Andros 1997-98 » (nous soulignons) ; *RTDCiv.*2000.104, note J. MESTRE. V. aussi : Com. 25 février 2003 (n°01-12660) : *RTDCiv.*2004.85, note J. MESTRE.

¹⁵⁹ Riom, 10 juin 1992 : *JCP E* 1993.I.231, note J. SCHMIDT ; *RTDCiv.*1993.343, obs. J. MESTRE.

constatations... »¹⁶⁰. Il y a bien là une apparence créée et entretenue par le comportement qui sera appréciée par les juges, apparence qui est le signe privilégié sur lequel le partenaire fondait sa confiance dans les chances de succès des négociations, et qui se trouve soudainement remise en cause par son partenaire en contradiction avec ce qu'il lui laissait espérer...

B) L'apparence portant sur le contenu du contrat

41. Erreur, croyance et anticipation du risque – L'erreur est classiquement définie comme « le fait de *se représenter* inexactement l'objet d'une obligation »¹⁶¹, comme une « fausse perception de la réalité par un contractant »¹⁶², « le fait de se tromper qui [...] entache d'un vice la formation de l'acte (contrat, décision, ...) accompli sous l'empire de cette fausse représentation »¹⁶³, ou encore l'« inadéquation entre *la représentation intellectuelle* que se fait l'un des contractants d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat ou de la personne du cocontractant, d'une part, et la réalité, d'autre part »¹⁶⁴.

La méprise de la victime, la discordance entre sa croyance et la réalité, trouve sa cause dans la *représentation* ou encore la *perception* qu'elle en a. En vérité ce deuxième terme semble plus significatif que le premier, ou plutôt doivent-ils être employés de manière chronologique, tant il est vrai que *toute représentation intellectuelle cognitive d'une réalité passe nécessairement par une perception sensorielle de celle-ci*. Et c'est en fonction de la façon dont le réel se laisse percevoir par l'intelligence, que par le jeu d'une visualisation rationnelle, il sera possible de se le représenter en vue de l'acte de volition subséquent. Si l'erreur est bien une fausse conception rationnelle du réel, *elle n'est a priori qu'une conséquence d'une perception faussée de celui-ci par l'intelligence*. Le problème apparaît alors plus comme se situant dans le champ de notre rapport au réel, et ce qui nous est donné à voir de celui-ci à travers ses formes sensibles – l'apparence que l'on perçoit – prend alors une dimension essentielle. La cause de l'erreur doit ainsi être recherchée *dans l'apparence*, et ce qu'elle donnait à voir non seulement de l'état présent de la chose ou de la situation, hypothèse sur laquelle il n'est pas

¹⁶⁰ Com. 11 juillet 2000, n°97-18275 (nous soulignons). V. aussi : Paris, 10 mars 2000 : *JCP E* 2001.422, note F. VIOLET, à propos d'une partie ayant fait « miroiter un développement de grande ampleur » à l'autre.

¹⁶¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°497, p. 284. Nous soulignons.

¹⁶² M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016, n°341. Nous soulignons.

¹⁶³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *erreur* (nous soulignons).

¹⁶⁴ J. GHESTIN, « L'authenticité, l'erreur et le doute », in. *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges CATALA*, 2001, Litec, p. 457. V. aussi, du même auteur : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. BOULANGER, th. Paris, LGDJ, 1963.

utile ici de s'étendre, *mais aussi et surtout des changements qui sont susceptibles de l'affecter*. En effet « la conviction du demandeur autant que la réalité à laquelle on la confronte peuvent être entachées d'un certain aléa, d'une part de doute »¹⁶⁵, c'est-à-dire d'incertitude et donc du risque que la réalité ne soit finalement pas conforme à la conviction suscitée chez le contractant par l'apparence à travers laquelle il a été amené à la saisir, voire à anticiper ce qu'elle sera le jour où elle existera.

Deux situations peuvent en réalité être évoquées. D'abord, *le contractant peut être certain que la chose considérée est bien en réalité telle qu'il se la représente*, alors qu'elle se révélera postérieurement différente. Ensuite, *le contractant peut n'avoir pas de certitude, et admet donc un risque de déception, tout en consentant au contrat*. Un risque pèse donc sur l'objet, qui est ignoré dans le premier cas, et pris en compte dans le second, et les prévisions du contractant se trouvent, dans ces deux hypothèses, en discordance avec la réalité finalement révélée : dans le premier cas la discordance est totale, dans le second elle n'est que partielle, à hauteur de la part de certitude ayant motivé la décision contractuelle. Il est bien évident en effet, si l'on considère le mécanisme psychologique en cause, que cette décision résulte d'une appréciation (certains diront : un calcul) des chances que l'objet du contrat soit conforme à ce qui en est saisi au moment de la conclusion du contrat : un amateur voulant acquérir une œuvre de Rembrandt, qui achèterait un tableau *attribué à REMBRANDT*, mais sur lequel subsisterait un doute quant à son attribution, ne conclura la vente qu'à la condition qu'existe à *ses yeux* une probabilité suffisante que l'œuvre soit réellement du Maître flamand, appréciée en fonction de l'apparence et de ce qu'elle semble signifier. Toute la difficulté réside ici dans le caractère extrêmement subjectif de l'appréciation de cette probabilité à l'origine de l'acte de volition, mais dans tous les cas la révélation postérieure que ledit tableau serait l'œuvre d'un autre artiste manifeste bien l'existence d'une erreur, en ce sens que la réalité s'avère discordante par rapport à l'appréciation du risque qui avait commandé la volition.

42. L'existence d'une croyance univoque, condition de l'imprévisibilité du risque –

L'existence d'une erreur psychologique déborde cependant le cadre plus strict de l'erreur juridique, le droit n'admettant celle-ci qu'à des conditions restrictives qui ne recouvrent pas le champ très large de celle-là. Dans le cas de l'erreur vice du consentement en effet, la croyance de la victime doit « être exclusive de l'erreur, c'est-à-dire imposer ou interdire telle réalité. Il faut que l'aléa, le risque d'erreur ne soit pas intégré à la conviction »¹⁶⁶. C'est donc une

¹⁶⁵ J. GHESTIN, Y-M SERINET, « Erreur », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, juill. 2017, n°54.

¹⁶⁶ G. VIVIEN, « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTDCiv.* 1992.305, n°20.

certitude qui est attendue de la victime : celle-ci ne doit pas en effet avoir accepté « en connaissance de cause, [...] un aléa, [...] un risque, dont la réalisation n'autorisera plus, ensuite, le contractant à venir se plaindre de son erreur »¹⁶⁷. C'est là le sens de la célèbre formule *l'aléa chasse l'erreur*¹⁶⁸, consacrée par l'article 1133 alinéa 3 du Code civil, et les solutions jurisprudentielles étaient d'ailleurs sur ce point, antérieurement à la réforme, d'une constance remarquable¹⁶⁹. Une croyance « molle », plurivoque, laisserait en effet place dans la prise de décision à l'hypothèse d'une réalisation du risque, laquelle ne serait alors pas imprévisible, interdisant par là-même au contractant de se prévaloir d'une erreur ayant vicié son consentement¹⁷⁰.

Là encore ce n'est point tant la réalité qui importe – qu'elle soit déterminée ou encore mouvante importe peu à la détermination de l'erreur – que la croyance certaine de la victime¹⁷¹. Celle-ci est une donnée psychologique, donc interne, construite sur un fondement externe à l'individu : les signes matériels qui lui ont permis de la saisir avec plus ou moins de justesse la réalité. L'erreur juridique, cause de nullité, se cantonne donc à la première situation évoquée plus haut – celle dans laquelle le contractant aura la certitude erronée sur la foi des apparences, que l'objet est bien en réalité tel qu'il se le représente. En sont exclues *toutes les hypothèses dans lesquelles le doute était entré dans le champ contractuel et avec lui l'acceptation du risque dans l'acte de volonté*, chassant la certitude exigée comme condition préalable et indispensable de la protection du droit par la seule constatation du caractère prévisible – et même prévu – du risque.

43. Les causes de l'erreur – Ainsi cantonnée, l'erreur vice du consentement peut procéder de deux causes, qui sont à rechercher dans les rapports qu'entretiennent la réalité à un instant donné, l'apparence qui en est le signe (de connaissance ou d'anticipation), et l'intelligence du sujet. La première cause de l'erreur est *la mauvaise interprétation de l'apparence par le sujet*. Cette-dernière constitue un signe conforme de l'état de la chose ou un signe utile à l'anticipation de son état futur, mais le sujet de droit n'a pas su interpréter correctement ce signe, c'est-à-dire accéder à son sens réel, à la réalité derrière l'apparence. La cause est, pourrait-on dire, interne : l'erreur procède *ab initio* du sujet lui-même. La seconde cause est

¹⁶⁷ J. GHESTIN, Y-M SERINET, préc., n°60.

¹⁶⁸ J. MESTRE, obs. sous Civ.1, 24 mars 1987, *RTDCiv.*1987.743.

¹⁶⁹ V. entre autres : Civ. 1, 24 mars 1987 ; *D.*1987.489, note J-L AUBERT ; *JCP G* 1989.II.21300, note F. VIEVILLE-MIRAVETE ; Civ.1, 20 mars 2001, *JCP* 2003.II.10090, note J-F CESARO.

¹⁷⁰ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 371, n°343.

¹⁷¹ V. not. : J. GHESTIN, Y-M SERINET, préc., n°57 et s. et spéc. n°70 : « finalement, la démonstration de l'erreur s'accommode très bien d'une réalité incertaine, à la condition que la représentation que le contractant s'en était faite ne fût pas, quant à elle, douteuse ».

tout autre, non pas interne mais externe au sujet : c'est ici *l'apparence qui ne permet pas de saisir correctement la réalité*. Le sujet, ayant correctement interprété le signe qui lui était donné, ne s'est donc pas mépris sur son sens : il a correctement interprété l'apparence mais celle-ci n'était pas un signe adéquat pour la connaissance de l'objet ou l'anticipation de son état à venir. L'insignifiance de l'apparence est la cause de l'erreur¹⁷².

Ce n'est donc pas tant sur la psychologie (l'existence d'une croyance certaine ou non), de l'errans qu'il convient de s'interroger à titre principal pour déterminer le caractère fondé de ses griefs, mais plutôt sur le caractère signifiant ou non de l'apparence. Une telle analyse comporte plusieurs avantages. D'une part elle permet d'éviter le double écueil que constitue la prise en considération purement subjective de la psychologie des individus (difficulté évidente à rapporter la preuve de la certitude de la croyance) et de l'état du réel, qui peut demeurer douteux (cf. l'exemple des œuvres d'art dont on ne connaît pas l'auteur avec certitude, même après expertise). D'autre part, elle permet l'élaboration d'une analyse unitaire de l'erreur vice du consentement, qu'elle porte sur la connaissance d'une réalité douteuse, ou sur l'anticipation d'un événement aléatoire, donc encore inexistant au moment où le consentement est donné.

44. Application en matière de ventes d'art – Le domaine des ventes d'art offre de nombreux exemples, de l'opportunité d'user de la notion de croyance légitime plutôt que de celle d'erreur, comme en témoigne entre autres la fameuse *affaire POUSSIN*. Est-il besoin d'en rappeler les faits : les propriétaires d'un tableau attribué, après expertise, à l'Ecole des CARRACHE le mirent en vente aux enchères. L'œuvre, adjudgée pour une somme de 2000 F, fut préemptée par le Musée du Louvre qui l'exposa peu de temps après comme une œuvre de Nicolas POUSSIN. A l'issue d'une saga judiciaire qui dura plus d'une décennie, la nullité fut définitivement prononcée sur renvoi par la cour de Versailles¹⁷³ qui décida qu' « en croyant vendre une toile de l'Ecole des CARRACHE, de médiocre notoriété, soit dans la conviction erronée qu'il ne pouvait s'agir d'une œuvre de Nicolas POUSSIN, alors qu'il n'est pas exclu qu'elle ait pour auteur ce peintre, [les vendeurs] ont fait une erreur portant sur une qualité substantielle de la chose aliénée et déterminante de leur consentement »¹⁷⁴. La réalité apparaît

¹⁷² On retrouve alors la définition précédemment évoquée de l'apparence comme un faux-semblant, une illusion et qui donc trahit la réalité au lieu de la refléter avec exactitude. L'apparence est alors insignifiante, et c'est précisément ce sens qui est utilisé en droit français pour fonder l'action du droit qui « cherche par ce mécanisme à protéger ceux qui ont commis des erreurs en se fiant aux apparences » (A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°6).

¹⁷³ Versailles, 7 janvier 1987, D.1987.485, note J.-L. AUBERT ; RTDCiv.1987.741, obs. J. MESTRE ; JCP 1988.II.21121, note J. GHESTIN.

¹⁷⁴ Nous soulignons.

ici comme douteuse, ce qui avait d'ailleurs constitué le motif du premier arrêt des juges du fond pour rejeter la demande en annulation¹⁷⁵, mais cela ne suffit pas à écarter la nullité pour erreur¹⁷⁶. La question qu'il convenait de se poser ne portait pas en effet sur le fait que le tableau était ou non, *en réalité*, une œuvre du peintre auquel il était attribué : comme cela a été dit, la réalité demeure, en matière de ventes d'art, largement affectée d'un aléa quant à l'authenticité des œuvres. C'est donc vers la conviction de l'acquéreur, fondée sur l'apparence qui s'offrait à lui au moment de la vente¹⁷⁷, qu'il convient de se tourner : « l'erreur emportera la nullité si le contractant a cru que la chose était dépourvue de telle ou telle qualité (ancienneté, authenticité, constructibilité...ou toute autre qualité spécialement envisagée), alors qu'elle ne peut être totalement exclue. Elle sera encore établie lorsque, réciproquement, une partie a contracté avec la conviction que la chose présentait certainement une qualité dont la présence s'avère douteuse »¹⁷⁸ : il nous semble¹⁷⁹ que ce n'est pas la réalité qui est ainsi considérée¹⁸⁰ mais l'apparence de celle-ci à un moment donné.

45. Un droit positif largement réceptif à la notion de prévisibilité – Le rôle potentiellement néfaste que peut jouer l'apparence dans le processus de formation de l'acte de volonté est donc largement prise en compte par le droit positif, qui va procéder à une recherche de la *vraisemblance* plus que de la vérité de la croyance, afin de mesurer sa valeur juridique, condition de son éventuelle protection... Or cette orientation du droit permet de proposer une analyse unitaire du phénomène, tant en direction de la connaissance d'un objet actuel, que des évolutions de celui-ci. Cet état futur ne peut en effet qu'être analysé en termes de vraisemblance, c'est-à-dire, *in fine*, de prévisibilité ou d'imprévisibilité.

¹⁷⁵ Paris, 2 février 1976 ; D.1976.325, concl. J. CABANNES ; JCP 1976.II.18358, note R. LINDON : « [...] il n'était pas prouvé que le tableau litigieux fut une œuvre authentique de POUSSIN, et qu'ainsi l'erreur alléguée n'était pas établie ». V. aussi : Civ.1, 22 février 1978, Bull. civ.I, n°74 ; D.1978.601, note Ph. MALINVAUD ; *Defrénois* 1978.31860, obs. J.-L. AUBERT ; *RTDCiv.*1979.126, obs. Y. LOUSSOUARN (cassation de l'arrêt précité).

¹⁷⁶ J. GHESTIN, Y-M SERINET, préc., n°69 et s.

¹⁷⁷ L'erreur doit s'apprécier au moment de la formation du contrat. Sur ce point V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°1115 et 1122.

¹⁷⁸ J. GHESTIN, Y-M SERINET, préc., n°70.

¹⁷⁹ *Contra* : *idem, ibid.*

¹⁸⁰ Selon la philosophie classique, le principe de non-contradiction pose qu'une chose ne peut pas être et ne pas être en même temps et sous le même rapport (ARISTOTE, *Métaphysique*, Livre G, chap. 3, 1005, b, 19-20). De sorte qu'il n'est pas possible que *la réalité* soit « douteuse » *stricto sensu* : quels que soient les doutes pesant sur l'attribution, une toile est ou n'est pas l'œuvre de tel ou tel peintre. En revanche, elle peut sembler *en apparence*, présenter un certain nombre de caractères qui seront autant de signes permettant, par induction, de la rattacher ou au contraire de l'exclure, de l'œuvre d'un auteur donné. Les choses sont en revanche très différentes lorsque l'objet n'existe pas encore. Dans ce cas, la réalité en elle-même est douteuse puisque n'existant pas encore, elle n'est pas fixée dans une forme définitive, et, simple puissance, se voit donc assortie d'un certain nombre d'éventualités empêchant d'affirmer avec certitude qu'elle est ou n'est pas telle chose.

46. Conclusion de la sous-section 1 relative à l'appréciation de la prévisibilité – Dans nombre d'hypothèses, les contractants vont être amenés à invoquer une croyance qui aurait été déterminée par la considération d'une apparence. La théorie de l'apparence est classique en droit des contrats et elle se développe dans divers domaines : mandat apparent, contrat apparent, contractant apparent... L'ordonnance du 10 février 2016 a du reste consacré la notion en l'intégrant dans le Code civil. L'examen de ces hypothèses fait apparaître que le critère de l'apparence est la *vraisemblance* plus que la vérité. Une telle appréciation est certes de nature à subjectiver l'appréciation de la légitimité de la croyance invoquée, mais elle apparaît en même temps comme un élément d'appréciation plus dynamique apte à s'appliquer dans des mécanismes de prévision : la vraisemblance, à la différence de la vérité, est une notion *plus globale* et *plus efficiente* puisqu'elle permet d'apprécier tant la connaissance d'un objet actuel, *que la prévisibilité d'un objet encore éventuel*.

Sous-section 2 : La protection de la prévisibilité

47. Introduction – Toutes les croyances ne peuvent pas être protégées, au risque de réduire à néant la nécessaire sécurité juridique par le jeu d'une appréciation uniquement subjective du lien d'obligation¹⁸¹ : seule la croyance *légitime* dans une apparence trompeuse sera protégée par le droit contre la survenance d'une perturbation imprévisible. Les deux notions entretiennent alors des interactions évidentes, *à tel point qu'il semble opportun de proposer le recours à la notion d'imprévisibilité comme critère unitaire à partir duquel serait appréciée l'opportunité d'une protection des prévisions contre la survenance d'une perturbation quelconque*.

Il importe alors de donner à la notion d'imprévisibilité une efficacité technique (§1) avant de voir comment ce critère se révèle particulièrement efficace pour prendre en compte de façon unitaire divers mécanismes juridiques (§2).

§1 : Efficacité du critère de prévisibilité

48. Annonce du plan – La protection par le droit de la conviction légitime de la partie atteinte par la survenance du risque, implique que soient vérifiés tant d'un point de vue subjectif le

¹⁸¹ G. VIVIEN, préc., n°4.

caractère excusable du défaut de prévisions que, d'un point de vue objectif, la vraisemblance de ce qui a été cru. Ces deux critères révèlent l'effcience particulière d'une protection assise sur la considération de la prévisibilité : d'une part le recours à la prévisibilité permet de mettre en place une protection équilibrée (A), d'autre part le champ de cette protection se trouve dans le même temps accru (B).

A) Une protection équilibrée

49. La bonne foi de la victime – La protection accordée par le droit à l'*errans* est conditionnée de manière évidente par sa bonne foi. Ainsi, à propos de la théorie de l'apparence, un auteur souligne que « seul ce contractant raisonnable, de bonne foi, peut se prévaloir de la volonté déclarée de son cocontractant. Celui qui sait que la volonté déclarée ne correspond pas à la volonté réelle ne peut donc pas se prévaloir des déclarations de son partenaire [...] »¹⁸². Il ne doit pas pouvoir être reproché à la victime d'être ignorante de la réalité derrière le signe donné¹⁸³. Cela implique non seulement une *extériorité* de la victime à l'apparence, c'est à dire « que son bénéficiaire n'ait pas participé à la création de l'apparence trompeuse »¹⁸⁴, mais encore « seul le contractant diligent qui, malgré la prudence dont il a fait preuve, a pu être trompé par les apparences, mérite la protection du droit »¹⁸⁵, ce qui revient finalement, et de façon générique¹⁸⁶ à vérifier le *caractère excusable* de l'erreur commise. Ainsi, dans la théorie du mandat apparent le tiers ne pourra se prévaloir de l'apparence trompeuse s'il est de mauvaise foi¹⁸⁷, *c'est-à-dire s'il aurait pu ou du vérifier l'existence ou l'étendue des pouvoirs du pseudo-représentant*¹⁸⁸. Le Code civil consacre désormais le

¹⁸² M. LAMOUREUX, commentaire sous article 2.102 des *Principes du Droit européen du contrat*, in. C. PRIETO (s. la dir.), *Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 167. Dans le mécanisme de la propriété apparente en matière immobilière, par exemple, la jurisprudence vérifie la bonne foi de la victime, c'est-à-dire son ignorance de la réalité : « la bonne foi exigée de celui qui se prévaut de l'apparence est son ignorance de la réalité : il a contracté dans la croyance que son interlocuteur était véritablement titulaire du droit qu'il prétendait transmettre » (A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°47).

¹⁸³ A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°896.

¹⁸⁴ *Idem*, n°21 et 896.

¹⁸⁵ *Idem*, n°21.

¹⁸⁶ *Idem*, n°901.

¹⁸⁷ La doctrine et la jurisprudence ont ainsi élaboré la théorie du mandat apparent, par « égard à l'intérêt des tiers de bonne foi qui, trompés par l'apparence et *sans qu'aucune faute ou négligence puisse leur être imputée*, ont cru que la personne avec laquelle ils contractaient agissait en vertu d'un mandat et dans les limites de ce dernier » (P. LESCOT, « Le mandat apparent », *JCP* 1964.I.1826, n°1 (nous soulignons)).

¹⁸⁸ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Dalloz action, 10^e éd., 2014, n°4028 s. V. entre autres : Civ. 3, 4 février 1975 (n° 73-13759), Bull. civ. III, n°36 : dans une affaire de location d'un emplacement publicitaire par un propriétaire apparent, la Cour vérifie la bonne foi du preneur en énonçant qu'elle a conclu le bail « en société prudente et normalement diligente », ce dont elle déduit l'opposabilité du bail au véritable propriétaire.

recours à cette notion de croyance légitime¹⁸⁹, et prévoit que le représenté puisse invoquer la nullité de l'acte accompli par le représentant en vertu d'un détournement de pouvoirs « si le tiers avait connaissance du détournement *ou ne pouvait l'ignorer* »¹⁹⁰.

La vérification du caractère excusable de l'erreur sur les qualités essentielles obéit aux mêmes principes¹⁹¹. Ainsi, ne pourra utilement invoquer la nullité du contrat sur le fondement des articles 1132 à 1136 du Code civil, le contractant négligent qui aurait commis une erreur en raison d'une incurie de sa part à se renseigner sur l'état exact de la situation. Il se trouve en effet renvoyé à sa propre responsabilité par le jeu de l'adage bien connu : *de non vigilantibus non curat praetor*, que consacre désormais l'article 1132 du Code civil, qui exclut la possibilité de demander la nullité relative du contrat pour le contractant ayant commis une erreur inexcusable¹⁹². Sont visées ici évidemment les hypothèses dans lesquelles pesait sur la victime un devoir de se renseigner¹⁹³ : la protection du droit sera refusée lorsque le contractant « ne pouvait ignorer le fait dont il se prévalait »¹⁹⁴. VOIRIN disait à ce propos que « la théorie de l'apparence n'est pas une planche de salut à l'usage des négligents et des étourdis mais une protection réservée aux victimes d'une croyance légitime »¹⁹⁵. Cette idée se retrouve évidemment en matière de garantie des vices cachés : celle-ci sera limitée par le caractère apparent du vice, et ne s'appliquera donc que lorsque le vice aura été caché au moment du contrat.

La bonne foi du demandeur apparaît donc être une condition essentielle à l'accueil de sa prétention : « [...] il convient de tenir compte de la responsabilité du demandeur en annulation, à qui il est interdit de se prévaloir d'une erreur dont il serait responsable. Il faut donc tenir compte du comportement de la victime de l'erreur »¹⁹⁶, car « il est contraire à la bonne foi de se prévaloir de sa propre négligence, voire de sa déloyauté, afin d'échapper à ses engagements »¹⁹⁷.

¹⁸⁹ Article 1156.

¹⁹⁰ Article 1157 (nous soulignons).

¹⁹¹ A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°901.

¹⁹² V. aussi : Article 4.103, 2° P.D.E.C : « la nullité ne peut cependant être invoquée lorsque l'erreur de la partie était inexcusable étant donné les circonstances ».

¹⁹³ Il convient de noter que la jurisprudence « traite de la même façon celui qui savait et celui qui devait savoir, qui est en faute d'ignorer, tout en mettant l'accent tantôt sur le caractère improbable de l'erreur, tantôt sur son caractère fautif, inexcusable » (J. GHESTIN, Y-M SERINET, préc., n° 348).

¹⁹⁴ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°1229, p. 1005.

¹⁹⁵ P. VOIRIN, note sous Bordeaux, 10 décembre 1928, *DP* 1929, 2, 81.

¹⁹⁶ J. GHESTIN, Y-M SERINET, préc., n° 341.

¹⁹⁷ *Idem*, n°342.

50. La croyance raisonnable : la vraisemblance comme source d'obligation – Comme l'écrivait en son temps DEMOGUE, « celui qui a traité avec une personne ayant toutes les apparences d'avoir un droit ne doit pas être trompé. *L'apparence raisonnable du droit doit, dans les rapports avec les tiers, produire le même effet que le droit lui-même* »¹⁹⁸. La jurisprudence relative au contractant apparent va dans ce sens¹⁹⁹, de même que celle relative au mandat apparent²⁰⁰. L'apparence sera donc constituée par la « réalité visible » ou encore les « marques »²⁰¹ qui constituent le biais par lequel le tiers accède par exemple à la conviction de lier le pseudo-représenté en s'engageant avec celui qui s'en prétend le représentant. L'existence d'une telle apparence sera néanmoins soumise à certaines vérifications. Il conviendra notamment pour le juge de « s'attacher à l'acte écrit pour déceler si effectivement l'intermédiaire a déclaré agir au nom d'autrui, ou donné à croire qu'il agissait ainsi et, par-là, a suscité la croyance du tiers »²⁰². L'apparence sera écartée dans certaines circonstances, notamment lorsque l'acte juridique révèle « une contradiction rendant invraisemblable la croyance dans le pouvoir du mandataire »²⁰³, ou encore lorsque l'acte apparaît anormal²⁰⁴. A l'inverse, « il y a des circonstances où l'on ne saurait reprocher aux tiers de se fier à l'apparence et de ne pas procéder aux investigations qui les renseigneraient sur l'étendue des pouvoirs du mandataire avec lequel ils contractent »²⁰⁵.

De manière générale il convient de vérifier si la victime a fait face à une impossibilité *raisonnable* de connaître la réalité de la situation, idée que l'on retrouve d'ailleurs tant dans les *Principes du droit européen des contrats*²⁰⁶, que dans les *Principes UNIDROIT* qui disposent : « le tiers doit seulement démontrer *qu'il était raisonnable pour lui de croire* que la personne prétendant représenter l'organisation était autorisée à le faire, et qu'il était conduit à le croire en raison du comportement de ceux réellement autorisés à représenter l'organisation

¹⁹⁸ DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, A. Rousseau, 1911, p. 63 et 68 (nous soulignons).

¹⁹⁹ V. not. : D. MAZEAUD, « Le contractant apparent », *D.*2016.1120, n°10.

²⁰⁰ Cf. *supra* n°32.

²⁰¹ J-L SOURIOUX, préc., n°7 et s.

²⁰² Ph. LE TOURNEAU, « Mandat », in. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, juillet 2017 (à jour : sept. 2017), n°181.

²⁰³ *Idem*, n°182.

²⁰⁴ *Idem*, n°183 (nous soulignons).

²⁰⁵ P. LESCOT, préc., n°10. V. not. : Civ.1, 28 juin 2005 (n°03-15385), Bull. Civ. I, n° 284, CCC 2005.202, note L. LEVENEUR; Com. 23 janvier 2007 (n°05-20973), CCC 2007.115, note L. LEVENEUR : dans une affaire de cession de SICAV, où il était reproché à l'établissement financier d'avoir exécuté l'ordre de vente alors qu'il n'était signé que par le directeur financier, dépourvu de ce pouvoir, « [...] la chambre commerciale estime que des circonstances relevées par la Cour d'appel (le directeur financier était l'homme de confiance du président du Conseil d'administration de la société ; l'ordre d'acquisition avait fait suite à un entretien téléphonique du même jour avec ce président et avait été accompagné d'un ordre de virement signé de ce dernier du montant exact de la transaction : quel faisceau convergent !), il résultait que l'établissement financier, tiers par rapport au mandat prétendu, avait légitimement pu croire sans le vérifier, que le directeur financier était pourvu des habilitations nécessaires ».

²⁰⁶ Article 3 :201 (3) P.D.E.C.

(conseil d'administration, dirigeants, associés, etc.) »²⁰⁷. Le lien capital existant entre la bonne foi de la victime et le caractère raisonnable de sa croyance apparaît de façon explicite dans le *Projet LANDO* qui dispose que « doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents principes *ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation* regarderait comme tel [...] »²⁰⁸.

Ainsi que le souligne un auteur, « les concepts de bonne foi, croyance légitime et caractère raisonnable partagent la même fonction : qualifier la perception du créancier dans le sens de la normalité [...] »²⁰⁹. Le rôle d'un standard juridique consiste en effet à « juger d'un comportement [...] donné dans des circonstances données par référence au modèle considéré comme normal par la société ou par la fraction de la société apte à élaborer le terme de référence »²¹⁰. Dès lors il a été proposé de procéder à une appréciation *in abstracto* de la croyance du sujet considérée par référence au comportement qu'aurait eu un bon père de famille dans la même situation concrète²¹¹. L'usage d'un tel standard « [...] laissant une place à de nombreux facteurs personnels pourvu qu'ils ne soient pas purement internes »²¹², permettant de prendre en compte la psychologie du sujet, mais aussi les qualités significatives intrinsèques et objectives de l'apparence, afin de déterminer si elle permettait raisonnablement de saisir ou d'anticiper la réalité considérée.

²⁰⁷ Commentaire sous l'article 2.2.5 (*in. Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, Institut international pour l'unification du droit privé, 2010. Nous soulignons. A l'inverse, le *Projet de cadre commun de référence* se refuse à consacrer la théorie du mandat apparent, se contentant de prévoir l'allocation de dommages et intérêts au tiers dans le cas où il ignorait légitimement le défaut de pouvoir (Article 3 :204 P.C.C.R). Ses auteurs considèrent en effet qu'« il semble excessif d'engager le représenté en cas de bonne foi du tiers : le représenté n'a ici ni manifesté sa volonté de s'engager ou de se faire représenter, ni créé l'apparence de la représentation » (*in* B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (s. la coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association Henri CAPITANT, Société de législation comparée, 2008, p. 298). V. aussi l'article 2 §3 de la *Directive européenne n°1999/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation* : « le défaut de conformité est réputé ne pas exister [...] si, au moment de la conclusion du contrat, le consommateur connaissait ou ne pouvait raisonnablement ignorer, ce défaut ». V. aussi : article L. 413-8 du code de la consommation.

²⁰⁸ Article 1 : 302 P.D.E.C (nous soulignons).

²⁰⁹ S. OBELLIANE, *op. cit.*, n°344.

²¹⁰ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 1980, n°76.

²¹¹ A. DANIS-FATÔME, *op. cit.*, n°906 s. L'auteur propose de retenir un critère équilibré : « la légitimité constituerait un concept normatif permettant de qualifier de légitime la croyance des tiers qui agissent sur le fondement de l'apparence *en faisant varier le critère de la normalité en fonction de certaines circonstances de fait* » (n°905, nous soulignons). Une appréciation souple du critère étant nécessaire, qui « s'exprimera dans l'appréciation que portera le juge sur les circonstances susceptibles de légitimer la croyance du tiers » (n°906).

²¹² *Idem*, n°909.

B) Une protection accrue

51. *Croyance raisonnable et impossibilité de prévoir la réalisation du risque* – L’appréciation du caractère raisonnable de la croyance, condition de sa légitimité, reste néanmoins en attente de contenu : une fois posée la méthode d’appréciation de celui-ci, il reste encore à déterminer ce qu’il est raisonnable de croire ou de ne pas croire. Pour cela il est indispensable de dépasser le terrain purement comportemental (ce qu’aurait dû faire un individu raisonnable en telle circonstance) pour se situer sur celui, plus fécond nous semble-t-il, des rapports entre le signe et le signifié, et plus fondamentalement de la prévisibilité de ce dernier en fonction des signes donnés à l’intelligence au moment où elle cherche à le saisir. *C’est alors in fine le constat d’une imprévisibilité irréductible de l’événement considéré qui fonde la légitimité de la croyance invoquée et la sollicitude du droit.*

52. *La prévisibilité dans la jurisprudence européenne et communautaire* – Ce rapport essentiel entre la croyance légitime et la prévisibilité de l’événement considéré ressort de manière très claire de la jurisprudence européenne et communautaire, certes dans des domaines débordant largement du strict droit privé des contrats, mais qui éclairent néanmoins notre propos. Alors que la Cour européenne des droits de l’Homme a été amenée régulièrement à se prononcer sur la protection de la confiance légitime et plus largement la sécurité juridique²¹³, un auteur remarque que si « la Cour parle d’espérance légitime et non de croyance légitime, [...] l’idée qui prévaut est la même. Il s’agit, principalement pour des raisons de sécurité juridique, d’entériner la confiance légitime d’une personne dans l’attitude de la puissance publique, dans la stabilité *ou la prévisibilité de ses décisions* »²¹⁴, la même finalité pouvant être dévolue à la protection de la confiance légitime à l’égard d’une personne privée.

De la même façon, lorsque les juges communautaires évoquent des « espérances fondées »²¹⁵, cet adjectif renvoi de manière évidente à un minimum de certitude quant à la stabilité ou à l’évolution dans un certain sens d’une situation, laquelle ne peut exister qu’à la condition que soient perceptibles dès à présent les causes gouvernant son évolution. *Sera donc raisonnable la croyance fondée sur la prévisibilité apparente de l’état à venir d’une situation,*

²¹³ V. entre autres : C.E.D.H, 29 novembre 1991, *Pine Valley Developements c/ Irlande* ; C.E.D.H, 18 juin 2002, *Oneryildiz c/ Turquie* ; C.E.D.H, 3 avril 2003, *Anagnostopoulos c/ Grèce* ; C.E.D.H, 28 septembre 2004, *Kopecky c/ Slovaquie*.

²¹⁴ M-P PEIS-HITIER, préc., p. 9.

²¹⁵ C.J.C.E, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*.

la discordance apparaissant par la suite entre la réalité et ce qui pouvait être prévu à travers les signes offerts par l'apparence présente, révélant dès lors une imprévisibilité préjudiciable *sans qu'il en aille de la faute de celui qui réclame la protection du droit* (caractère excusable). Toujours dans le domaine particulier de l'action des personnes publiques, un auteur souligne que « cette confiance doit revêtir un caractère légitime *marqué par l'impossibilité de prévoir* une modification de la réglementation, *par l'imprévisibilité et la soudaineté* du changement de ligne de conduite de la puissance publique »²¹⁶.

53. Réalisation d'un risque dans une situation apparemment dénuée d'incertitude – Un exemple éclairant réside dans les solutions rendues en matière de loterie publicitaire : le comportement de l'organisateur, entendu au sens très large comme la fausse apparence donnée de sa volonté réelle de ne pas s'engager, y joue un rôle d'importance. Ainsi, dans une des décisions rendues le 10 mai 2005, la Cour de cassation pointait « la présentation du jeu, [...] extrêmement trompeuse, uniquement destinée à induire en erreur et à *faire croire à un gain qui était loin d'être acquis* »²¹⁷, et reprenait à son compte la solution rendue quelques années auparavant par une chambre mixte²¹⁸ qui avait admis pour la première fois, au visa de l'article 1371²¹⁹ du Code civil, l'existence d'un quasi-contrat au détriment de l'organisateur d'une loterie publicitaire « qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa [et qui] s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer »²²⁰. Cette solution a été réitérée, sur le même fondement, dans un arrêt du 19 mars 2015, qui précise que cette mise en évidence de l'aléa doit être perceptible « *à première lecture* »²²¹. Au-delà de l'apparence de volonté de s'engager créée par l'organisateur, *c'est en réalité l'apparente certitude du gain* qui est prise en compte aux fins de protection, et donc l'existence imprévisible d'un aléa dans une situation qui, aux yeux de la victime, en semblait dépourvue. Cette réalisation imprévisible d'un risque se retrouve dans l'ensemble des hypothèses dans lesquelles doit être déterminé le caractère légitime de la croyance invoquée par l'une des parties à l'encontre de l'autre.

²¹⁶ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 377 (nous soulignons).

²¹⁷ Nous soulignons.

²¹⁸ Ch. mixte, 6 septembre 2002 (n°98-22981) ; Bull. ch. mixte, n° 4, p. 9. Le même jour était rendu par la même chambre un arrêt (n°98-14397), lui aussi publié, portant la solution inverse, au détriment d'un demandeur dont la cour d'appel avait souverainement considéré l'inexistence d'un préjudice au motif qu'il ressortait de son attitude qu'il n'avait pu se croire réellement gagnant de la somme portée sur les documents publicitaires qui lui avaient été envoyés (*eod. loc.* n°5).

²¹⁹ Désormais Article 1300.

²²⁰ Nous soulignons.

²²¹ Civ. 1, 19 mars 2015, n° 13-27414.

§2 : Mise en œuvre du critère de prévisibilité

54. Annonce du plan – Le recours à la notion d'imprévisibilité apparaît de nature à conférer une unité conceptuelle bénéfique à des mécanismes très divers. En effet, l'ensemble de ces mécanismes mis en œuvre tant par la loi (A) que par la jurisprudence (B), reposent sur une logique commune et reposent sur des mécanismes semblables.

A) La mise en œuvre par la loi

55. Consécration de l'imprévisibilité par la réforme de 2016 – La réforme du droit des obligations a eu le mérite de clarifier grandement les choses, en intégrant notamment dans les textes une définition de la force majeure qui relevait jusque-là du bon vouloir de la jurisprudence²²². Celle-ci avait très tôt élaboré une définition de l'événement de force majeure, en énonçant ses caractères : irrésistibilité, extériorité et imprévisibilité²²³. Désormais, l'article 1218 alinéa 1 du Code civil énonce : « il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, *qui ne pouvait être raisonnablement prévu* lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur ». Le critère d'extériorité, abandonné par la jurisprudence²²⁴, se trouve donc évincé, tandis qu'est explicitement consacrée l'exigence d'une imprévisibilité de l'événement²²⁵.

²²² L'ancien article 1148, qui en constituait le siège, disposait en effet de façon très lapidaire : « il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». De fait, la jurisprudence a souvent varié quant à la définition qu'il convenait de retenir de la force majeure : elle a jugé pendant longtemps en matière contractuelle que la seule irrésistibilité de l'événement suffisait à caractériser la force majeure (V. par ex. : Civ. 1, 6 novembre 2002, Bull. civ. I, n°258 : *JCP* 2003.I.152, n°32 et s., obs. G. VINEY ; *CCC* 2003, n°53, note L. LEVENEUR ; *RTDCiv.*2003.301, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2003.59, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK), puis est revenue sur sa position (Ass. plén. 14 avril 2006, Bull. civ. n°5 : *D.*2006.1577, note P. JOURDAIN ; *ibid.* 1131, obs. GALLMEISTER ; *ibid.* 1933, obs. Ph. BRUN, et 2645, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2006.II.10087, note GROSSER ; *JCP E* 2006.2224, n° 11, obs. LEGROS ; *Gaz. Palinéa*2006.2496, concl. DE GOUTTES ; *Defrénois* 2006.1212, obs. E. SAVAUX ; *CCC* 2006, n°152, note L. LEVENEUR ; *RLDC* 2006/29, n°2129, note M. MEKKI ; *RDC* 2006.1083, obs. LAITHIER ; *idem*, p. 1207, obs. G. VINEY ;

²²³ V. not. Soc. 12 février 2003, Bull. civ. V, n°50 : *D.*2003.1656, obs. DAIMEZ ; *JCP* 2003.I.156, n°4, obs. P. MORVAN ; *RDC* 2003.59, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Civ. 1, 30 oct. 2008, Bull. civ. I, n°243 ; *D.*2008. 2936, obs. GALLMEISTER ; *JCP* 2009.I.123, n°10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *ibid.* II.10198, note GROSSER ; *LPA* 29 juin 2009, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RLDC* 2009/56, n°3250, obs. MAUGERI ; *CCC* 2009, n°3, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2008.2509, obs. E. SAVAUX ; *ibid.* 2009.824, note Y. DAGORNE-LABBE ; *RDC* 2009.62, obs. T. GENICON ; *RTDCiv.*2009.126, obs. P. JOURDAIN).

²²⁴ Ass. plén. 14 avril 2006, préc.

²²⁵ On s'étonnera cependant de la différence marquée entre les définitions de la force majeure en droit des contrats et en droit de la responsabilité. En effet l'article 1253 alinéas 2 et 3 du *Projet de réforme de la responsabilité civile* (mars 2017), insiste textuellement sur cette distinction : « en matière extracontractuelle, la

De même, de façon quasi révolutionnaire cette fois, l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit²²⁶, la révision pour imprévision à l'article 1195 du Code civil²²⁷. L'effet de l'évènement imprévisible est ici, contrairement à la force majeure, non pas d'empêcher mais de rendre « excessivement onéreuse pour une partie » l'exécution du contrat. L'issue prévue est dans les deux cas très différente. En ce qui concerne la force majeure, le texte y voit classiquement une cause d'exonération de la responsabilité du débiteur défaillant, en application de l'adage bien connu : *à l'impossible nul n'est tenu*. L'imprévision au contraire emporte une conséquence beaucoup plus radicale et théoriquement contestable : pudiquement désignée comme « cause modératrice de la force obligatoire »²²⁸ elle ouvre, selon diverses modalités successives²²⁹, à une remise en cause du contenu obligatoire du contrat. Dans les deux cas, il apparaît que la vérification de l'imprévisibilité de l'évènement perturbateur emporte comme conséquence une mesure de faveur à l'égard de la partie qui en est victime (c'est-à-dire dont les intérêts contractuels souffrent du défaut de prévision) : celle-ci ne saurait voir ses prévisions bouleversées en étant tenue d'un risque qu'elle n'avait pas accepté lors de la conclusion du contrat.

56. Imprévision ou imprévisibilité ? – L'imprévision peut être définie comme la situation « où un contrat, dont l'exécution est échelonnée dans le temps ou du moins différée, voit son équilibre profondément bouleversé par suite d'un changement imprévisible des circonstances qui avaient présidé à sa conclusion, de sorte que son exécution devient excessivement difficile pour la partie au détriment

force majeure est l'évènement échappant au contrôle du défendeur ou de la personne dont il doit répondre, et dont ceux-ci ne pouvaient éviter ni la réalisation ni les conséquences par des mesures appropriées.

En matière contractuelle, la force majeure est définie à l'article 1218 ». Le critère de l'imprévisibilité marquerait donc la différence entre ces deux définitions de la force majeure...

²²⁶ Cette disposition se trouvait déjà dans le *Projet de réforme* du 25 février 2015 (Article 1196), mais visait uniquement la possibilité de demander, « d'un commun accord » une révision judiciaire du contrat, ce qui ne portait finalement aucune atteinte au principe de la force obligatoire du contrat. Contrairement à ce qui avait été dit à l'époque, on n'était pas là véritablement face à une consécration de la révision pour imprévision *stricto sensu*. Il est à noter que cette question demeurait une pierre d'achoppement entre les différentes propositions de réforme : l'*Avant-projet CATALA* refusait la révision (article 1135-1 et s.), tandis que le *Projet TERRE* admettait la révision judiciaire en prévoyant qu'en cas de désaccord des parties « le juge peut adapter le contrat en considération des attentes légitimes des parties ou y mettre fin à la date et aux conditions qu'il fixe » (article 92), formule que reprend désormais quasi mot pour mot l'article 1195 du Code civil. Sur l'imprévision : cf. *infra* n°404.

²²⁷ V. cependant : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 384, pour qui « le changement est plus marquant pour l'esprit nouveau qu'il insuffle en législation que pour les modifications pratiques qu'il pourrait entraîner... ».

²²⁸ *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, J.O.R.F 11 février 2016, texte n°25.

²²⁹ L'article 1196 prévoit un mécanisme en trois temps : renégociation amiable, résolution conventionnelle en cas de refus ou d'échec de celle-ci ou encore recours au juge d'un commun accord pour réviser le contrat, et ce n'est qu'« à défaut d'accord dans un délai raisonnable, [que] le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

de laquelle s'opère ce déséquilibre»²³⁰. Un événement imprévu mais prévisible pourrait-il cependant être retenu comme élément déclencheur du mécanisme ?²³¹ : sur ce point du moins l'article 1195 du Code civil doit être salué, puisqu'il fixe, par référence à l'idée d'imprévisibilité du risque, une ligne de partage essentielle au regard de la responsabilisation des parties entre les prévisions légitimes et celles qui ne le sont pas, en même temps qu'il opère un rapprochement avec le régime de la force majeure²³² dont l'imprévision ne se distingue que par ses conséquences. Le régime de l'imprévision issu de la réforme se trouve donc aligné sur celui qui existait de longue date en droit administratif²³³, où « la survenance d'un événement imprévisible en constitue le pivot »²³⁴ : « quelle que soit la nature de l'événement, il est primordial que ce-dernier *n'ait pu être prévu*²³⁵ et qu'il ait déjoué toutes les prévisions que les parties avaient pu faire au moment de la conclusion du contrat »²³⁶. Ayant fait le choix de soumettre le mécanisme de la révision à la condition de l'imprévisibilité, il semble que la portée de l'article 1195 puisse être considérablement réduite par application du critère, bien en-deçà du moins des conséquences catastrophiques que certains redoutaient à la suite de son introduction dans le droit positif.

57. Conséquences modératrices de la condition d'imprévisibilité – Le domaine potentiel d'application de l'article 1195 du Code civil apparaît de prime abord relativement réduit : d'une part, du fait de la raison d'être du mécanisme lui-même, qui ne porte que sur les *contrats à exécution successive* – le plus souvent sur le long terme – et certains contrats instantanés²³⁷, qui se trouveraient subir *une perturbation suffisamment importante* pour être prise en compte (le texte vise une exécution devenue « excessivement onéreuse ») ; d'autre part en raison de la catégorie de contractants concernés au premier chef par ce genre de problématiques (ce sont essentiellement des professionnels, lesquels auront la plupart du temps recours à un encadrement conventionnel du risque²³⁸ par le biais de clauses de

²³⁰ P. ANCEL, « Imprévision », *in. Rép. de dr. civ.*, Dalloz, mai 2017, n°1.

²³¹ V. not. contre : *idem*, n°80 ; pour : L. AYNES, « L'imprévision en droit privé », *RJCom*.2005.397, spéc. n°19.

²³² P. ANCEL, *op. cit.*, n°81.

²³³ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* : Lebon, p. 125 ; *D*.1916.25, concl. P. CHARDENET ; *S*.1916.3, p. 17, concl. P. CHARDENET, note M. HAURIU.

²³⁴ L. VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, p. 179.

²³⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 392 : « c'est l'imprévisibilité, c'est-à-dire l'impossibilité de prévoir, qui est prise en compte et non pas la non prévision ».

²³⁶ L. CLOUZOT, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010.942. Nous soulignons.

²³⁷ P. ANCEL, *op. cit.*, n°63.

²³⁸ Cf. *infra* n°404.

renégociation, d'adaptation automatique, ou de révision²³⁹, dont un auteur remarque qu'elles « sont devenues des clauses de style dans les contrats internationaux »²⁴⁰). La condition d'imprévisibilité qui en constitue l'élément déclencheur apparaît en outre de nature à en réduire encore la portée, dans la mesure où elle implique que soient recherchées *d'une part l'absence objective de signes suffisants d'anticipation au moment où la prévision a été formée*, et d'autre part *le caractère excusable de l'imprévision*. Or d'une part, il faut considérer que le standard d'appréciation de la prévisibilité objective du risque se trouve relevé dès lors que l'on est en présence d'un professionnel : en raison de sa qualité, celui-ci est normalement plus à même d'anticiper le risque en fonction des signes qui s'offrent à lui lors de la formation des prévisions, et il serait très logique d'apprécier plus sévèrement l'imprévisibilité eu égard à la compétence de celui qui se prévaut de l'imprévision à l'instar de ce qui est fait par exemple en matière de vice du consentement. D'autre part, le caractère excusable de l'imprévision apparaît également être de nature à limiter drastiquement les hypothèses d'admission de la révision, puisqu'il conduit à apprécier le comportement de la victime en référence aux diligences attendues d'un contractant raisonnable en de pareilles circonstances. Or si la survenance de tel ou tel événement perturbateur considéré de façon particulière peut apparaître difficile à prévoir lors de la conclusion du contrat, la possibilité globale que survienne, au cours du contrat, une perturbation de l'équilibre initialement convenu, et donc le fait que pèse, dès le moment où sont formées les prévisions, un risque qui apparaît du reste inhérent à l'idée même de contrat à exécution successive est, elle, très évidemment prévisible, du moins dans le cadre de contrats conclus entre professionnels. Il serait donc aisé pour le juge judiciaire appelé à appliquer les nouvelles dispositions issues de la réforme de 2016, d'instaurer une police stricte de la révision pour imprévision : seuls seraient admis à s'en prévaloir, les contractants professionnels qui pourraient démontrer le caractère excusable de l'absence de stipulation dans le contrat d'une clause de renégociation

²³⁹ Sur ces clauses : V. entre autres, pour une étude pratique : J-M MOUSSERON, *op. cit.*, n°1546 et s. ; W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e éd., 2016. V. aussi : B. OPPETIT, *L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de hardship*, *JDI* 1974.797 ; R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTDCiv.*1983.1 ; M. FONTAINE, *Les contrats internationaux à long terme*, in. *Etudes HOUIN*, 1985, p. 263 ; Ph. FOUCHARD, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. de l'arbitrage*, 1979, p. 67 ; J-J BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, Toulouse, 1981, p. 403 et s. ; J-M MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTDCiv.*1988.481, spéc. p. 489 et s. ; Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de Hardship », in. *Liber Amicorum C. LARROUMET*, *Economica*, 2010, p. 267 et s. Il est en outre possible d'écarter conventionnellement l'application de l'article 1195 du Code civil par une sorte de mécanisme d'« *opt out* » conventionnel (cf. O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 384).

²⁴⁰ M. MEKKI, « Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP G* 2010.1219, n°18.

ou d'adaptation, et les contractants non professionnels dès lors qu'ils ne relèveraient pas d'un régime dérogatoire au droit commun²⁴¹. Pour le reste, ainsi que le relèvent des auteurs : « il y a là une façon de sanctionner l'imprévoyance ou, à tout le moins, de ne pas en faire porter le poids au cocontractant de celui qui a été négligent »²⁴².

B) La mise en œuvre par la jurisprudence

58. Annonce du plan – La jurisprudence use du critère de l'imprévisibilité du risque pour accueillir certaines actions. C'est le cas par exemple lorsque l'une des parties argue de certains vices du consentement pour demander la nullité du contrat (1), ou demande réparation d'un comportement erratique du cocontractant qui lui causerait un préjudice (2).

1. L'imprévisibilité dans l'erreur vice du consentement

59. La mesure de l'imprévisibilité dans l'erreur vice du consentement – La partie qui invoque l'erreur devra, pour obtenir l'annulation, « établir qu'elle a été habitée d'une certitude positive ou négative et qu'il apparaît ultérieurement que cette certitude ne se vérifie pas dans les faits »²⁴³. Le doute est en effet exclusif de l'erreur, puisqu'il est l'acceptation d'un aléa²⁴⁴ dont la réalisation, dans la mesure où elle a été envisagée lors de la conclusion du contrat, ne pourra par la suite donner lieu à l'invocation d'une erreur. A l'inverse, l'existence d'une certitude psychologique ne saurait coexister avec l'acceptation d'un aléa, lequel implique par définition une indétermination de l'objet. Dès lors, derrière la vérification de l'existence d'une certitude, c'est en réalité l'imprévisibilité du risque qui est recherchée. En effet, si le contractant n'a pas tenu compte de l'existence du risque, alors même que son existence était prévisible, son erreur sera inexcusable et ses prétentions rejetées²⁴⁵.

²⁴¹ V. par ex. en droit commun les articles 1343-5 (report ou échelonnement judiciaire du paiement des dettes), et 1231-5 al.2 du Code civil (révision judiciaire de la clause pénale excessive ou *devenue* telle : cf. Civ.1, 19 mars 1980, Bull. civ. I, n°95). En droit spécial : l'article 1769 du Code civil (remise judiciaire du prix de la location dans le bail à ferme), l'article 828 du Code civil (réévaluation de la soulte due par un copartageant), l'article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle (révision du prix d'une cession des droits d'exploitation d'une œuvre en cas de « lésion ou [...] prévision insuffisante des produits de l'œuvre »), l'article L. 145-33 et s. du code de commerce (révision judiciaire du bail commercial ou industriel), etc... Il faut également citer les dispositions, très importantes en pratique, relatives au surendettement des particuliers des articles L. 733-1 et s. du code de la consommation.

²⁴² O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 392.

²⁴³ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°1111.

²⁴⁴ Cf. Article 1133 alinéa 3 du Code civil.

²⁴⁵ Cf. *supra* n°49.

Ainsi, dans la célèbre jurisprudence *FRAGONARD*, la Cour, relevant « qu'en vendant ou en achetant, en 1933, une œuvre *attribuée* à FRAGONARD, les contractants ont accepté un aléa sur l'authenticité de l'œuvre », estimait que « [...] l'aléa sur l'authenticité de l'œuvre avait été dans le champ contractuel ; qu'en conséquence, aucune des deux parties ne pouvait alléguer l'erreur *en cas de dissipation ultérieure de l'incertitude commune*, et notamment pas le vendeur ni ses ayants-cause en cas d'authenticité devenue certaine »²⁴⁶. Autrement dit, la révélation postérieure de l'authenticité du tableau, et partant les conséquences induites sur sa valeur et *in fine* sur l'économie générale de l'opération contractuelle étaient prévisibles, puisque les parties avaient accepté un aléa qui rendait l'erreur invoquée à l'appui de leur demande en nullité illégitime : ils auraient raisonnablement pu et dû prendre en compte ce risque au regard de l'apparence qui s'offrait à eux et qui manifestait sans conteste l'existence cet aléa.

A l'inverse, dans l'hypothèse où l'apparence au moment de la conclusion du contrat faisait obstacle à la connaissance de l'aléa, la conviction des contractants se formera en fonction du signe et emportera une certitude erronée. Lorsque la réalité apparaîtra postérieurement, elle se manifesterá comme une discordance imprévisible, puisque l'apparence ne permettait pas de prendre en compte l'existence d'un aléa et d'anticiper les conséquences de sa réalisation. Dans l'un des arrêts rendu dans l'*affaire POUSSIN*²⁴⁷, la Cour régulatrice avait ainsi censuré la décision des juges du fond qui avaient débouté les consorts, au motif qu'ils n'avaient pas recherché « si, au moment de la vente, le consentement des vendeurs n'avait pas été vicié par leur conviction erronée que le tableau ne pouvait pas être une œuvre de Nicolas POUSSIN »²⁴⁸. Ainsi, pour permettre l'annulation « la victime de l'erreur ne doit pas avoir eu conscience, lorsqu'elle s'est engagée, de courir un aléa. Faute de quoi, dit-on souvent, la réalité ultérieurement révélée ne saurait être contraire à sa conviction initiale puisqu'elle correspond nécessairement à l'une des éventualités alternatives envisagées par elle »²⁴⁹, qui ne saurait dès lors être considérée comme imprévisible.

²⁴⁶ Civ.1, 24 mars 1987, Bull. civ. I, n°105 (nous soulignons) ; *RTDCiv.*1987.743, obs. J. MESTRE ; *D.*1987.489, note J-L AUBERT ; *JCP G* 1989.II.21300 note M. VIEVILLE-MIRAVETTE.

²⁴⁷ Cf. *supra* n°44 et s.

²⁴⁸ Civ.1, 22 février 1978, *D.*1978.601, note Ph. MALINVAUD ; *RTDCiv.*1979.126, obs. Y. LOUSSOUARN. V aussi : Civ.1, 17 septembre 2003 (n°01-15306), *RTDCiv.*2005.123 obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²⁴⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°1113, p. 880.

60. L'erreur dans la transaction – L'application de la théorie des vices du consentement dans la transaction²⁵⁰ est riche d'enseignements, particulièrement en ce qui concerne l'erreur, qui obéit à une application restrictive par rapport au droit commun. Si l'on admet de manière assez classique, l'erreur sur l'objet de la contestation et sur la personne²⁵¹, l'ancien article 2052 alinéa 2 du Code civil excluait en revanche, à la différence du droit commun, l'erreur de droit et la lésion. Les raisons de ce particularisme²⁵² ont donné lieu à de nombreux débats, certains y voyant une simple maladresse du codificateur napoléonien²⁵³, d'autres une application logique de l'adage *nemo censetur ignorare legem*²⁵⁴, ou une disposition de bon sens prenant en compte le fait que les parties se sont nécessairement renseignées sur l'étendue de leurs droits pour prendre la décision de transiger au lieu de courir le risque d'un procès²⁵⁵. Il semble pourtant possible d'éclairer ce particularisme à travers le prisme de la prévisibilité ou de l'imprévisibilité de la réalisation d'un aléa, l'hypothèse soutenue étant que le droit fonde sa sollicitude envers les contractants au stade de la formation du contrat par rapport à la prévisibilité ou à l'imprévisibilité du risque qu'ils subissent. De ce point de vue l'admission de l'erreur sur l'objet de la contestation²⁵⁶ semble se justifier aisément au regard de la jurisprudence qui s'attache à rechercher la connaissance que pouvait avoir la partie qui invoque l'erreur, de l'objet de la transaction, au moment où elle a lieu. Ainsi, une erreur peut être commise sur le préjudice objet de la transaction lorsque le contractant ignorait l'existence de la lésion génératrice du dommage²⁵⁷. *Il s'agit donc de vérifier si celui qui se prévaut de l'erreur connaissait ou avait la possibilité de connaître l'objet de la contestation.* Or il est courant que celui-ci apparaisse comme ayant été l'objet d'une méprise postérieurement à la transaction, en raison de la survenance d'éléments nouveaux, qui n'étaient pas connus au moment de la convention. La solution dépendra alors de l'existence, au moment de la transaction, de signes suffisamment perceptibles pour permettre aux parties d'avoir connaissance de l'évolution future de cet objet. Si, pour celui qui invoque l'erreur, le risque pesant sur l'exactitude de sa représentation de la réalité était prévisible, sa prétention sera

²⁵⁰ La transaction est « un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. » (Article 2044 alinéa 1 du Code civil).

²⁵¹ Ancien article 2053 du Code civil, abrogé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 en raison de la redondance avec les dispositions du droit commun.

²⁵² P. CHAUVEL, « Transaction », in. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, sept. 2011 (à jour : mars 2014), n°302.

²⁵³ P-A FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XV, p. 100 ; H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, 2^e vol., 2^e partie, n° 1645.

²⁵⁴ P. CHAUVEL, préc., n°332.

²⁵⁵ *Idem, ibid.*

²⁵⁶ On retiendra classiquement l'assimilation de l'erreur sur l'objet de la contestation à l'erreur vice du consentement du droit commun (en sens contraire : P. GERBAULT, « L'erreur dans la transaction », *LPA*, 17 juillet 2006 n° 141, p. 5.), et qui porte sur l'existence ou la nature du droit qui est à la base de la contestation.

²⁵⁷ Civ.1, 12 janvier 1970, Bull. civ. I, n°10.

refusée. Il en va ainsi de la transaction portant sur le montant sous-évalué d'une indemnité d'expropriation, lorsque l'exproprié connaissant l'existence de gisements dans le sous-sol de son terrain s'est mépris sur la valeur qu'ils conféraient à son fonds²⁵⁸, ou encore en cas d'aggravation du préjudice postérieurement à la transaction lorsque la victime avait connaissance de la lésion à l'origine de cette aggravation²⁵⁹. Lorsque la modification ultérieure de l'objet de la contestation était prévisible, c'est-à-dire lorsque ses causes étaient perceptibles dès la transaction, et rendaient donc raisonnablement possible la prise en compte de ce risque, la remise en cause de la transaction ne sera pas admise sur le fondement de l'erreur. A l'inverse, lorsque celui qui l'invoque n'avait pas la possibilité raisonnable de connaître l'existence du risque postérieurement réalisé, alors il lui sera possible de poursuivre la rescision. Les exemples sont nombreux, la haute juridiction ayant par exemple admis que la découverte de nouvelles malfaçons postérieurement à l'expertise sur le fondement de laquelle avait été établi le procès-verbal de conciliation entre un architecte, un entrepreneur et le maître de l'ouvrage, rendait admissible l'annulation (sic) de la transaction car « le maître de l'ouvrage, incompetent en la matière, qui s'était fié à l'avis de l'expert, a commis une erreur portant sur l'objet de la contestation [...] »²⁶⁰. De la même façon la victime d'un accident qui, au vu d'une expertise médicale, aurait transigé en renonçant à formuler d'autres demandes sur les conséquences présentes ou à venir de son accident, verra sa renonciation limitée aux seules aggravations qui seraient les suites des lésions constatées dans l'expertise, puisqu'elle ne pouvait, par hypothèse, pas anticiper des aggravations éventuelles de lésions dont elle n'était pas en mesure d'avoir connaissance au moment de la transaction²⁶¹.

Finalement c'est donc bien la prévisibilité du risque qui se trouve au fondement des solutions retenues²⁶², en commandant l'admission ou non de l'erreur portant sur l'objet de la contestation. Il est alors logique de rechercher dans la vérification de ce même critère le refus de l'erreur de droit et de la lésion. De manière quelque peu surprenante, de nombreux auteurs concentrent leur analyse sur le seul particularisme que constitue le refus de l'erreur de droit, en mettant moins l'accent sur le lien entre ces deux prohibitions que manifestait pourtant leur

²⁵⁸ Civ.3, 20 juin 1978 (n° 77-11006), Bull. civ. III, n°256.

²⁵⁹ Civ.2, 12 décembre 1963 : D.1964.467, note F. BOULANGER.

²⁶⁰ Civ. 3, 24 mai 1978, Bull. civ. III, n°221 (nous soulignons).

²⁶¹ Civ.1, 27 janvier 1971, Bull. civ. I, n°35. Là encore, le rôle de l'expertise doit être souligné comme élément essentiel de l'apparence fondant la légitimité de la croyance sur laquelle celui qui se prévaut de l'erreur a fondé ses prévisions en n'étant pas en mesure de connaître l'existence d'un risque non décelé: n'est-il pas raisonnable de se fier à l'avis d'un expert ?

²⁶² V. par ex. pour une formulation explicite de ce fondement : Crim. 20 février 1968 (n°67-90938) : *Gaz. Palinéa*1968.1.259 : confirmation d'un arrêt ayant retenu l'erreur sur la substance même de la chose objet de la transaction de la victime s'étant déclaré « *parfaitement indemnisée* », alors que « les conséquences de l'accident *n'étaient pas prévisibles*, [et] que l'étendue de son préjudice n'était pas encore apparue » (nous soulignons).

proximité rédactionnelle. N’y aurait-il pas là un élément, si ce n’est d’explication, du moins d’étonnement, permettant d’avancer quelque justification fondée sur la similarité du traitement réservé à ces deux causes habituellement retenues pour l’annulation²⁶³ de la convention ? Si les explications avancées pour justifier cette limitation sont multiples, il semble que la raison véritable soit l’acceptation d’un risque²⁶⁴, dont procède nécessairement le mécanisme de la transaction et qui peut non seulement porter sur la valeur juridique des prétentions en présence, mais aussi sur leur valeur pécuniaire. En effet, en transigeant, « les parties règlent [...] leurs intérêts en présence « au mieux », sans attacher une importance déterminante à leurs droit véritables, tels qu’ils pourraient être établis en justice »²⁶⁵. La transaction implique donc une négociation²⁶⁶ devant aboutir à l’accord des parties sur le plus petit dénominateur commun acceptable par chacune d’elle. *Ce faisant, elles acceptent le risque de sous-évaluer leurs propres intérêts contre la certitude de la compensation qu’elles en retirent conventionnellement*²⁶⁷. Au sujet de l’erreur de droit (mais la même analyse peut être menée au sujet de la lésion), un auteur souligne ainsi qu’« en renonçant, par la transaction à saisir la justice de leur différend, les parties ont-elles-même admis le risque d’une erreur sur le point controversé, la valeur juridique des prétentions en présence »²⁶⁸. Finalement, *l’une des caractéristiques de la transaction est que les parties choisissent volontairement de s’en tenir à l’apparence, en renonçant à connaître la réalité*. La révélation postérieure d’une discordance entre la réalité et ce qui en était perçu au moment de la transaction était donc prévisible, puisque l’existence du risque était précisément au fondement

²⁶³ Au sens large : la rescision n’étant qu’une catégorie particulière d’annulation.

²⁶⁴ L. BOYER, *La notion de transaction, contribution à l’étude des concepts de cause et d’acte déclaratif*, Toulouse, 1947, n°1100.

²⁶⁵ P. CHAUVEL, préc., n°333.

²⁶⁶ Sur l’exigence de concessions réciproques entre les parties à la transaction, v. not. : Civ.1, 3 mai 2000 (n°98-12819), Bull. civ. I, n°130 ; Soc. 17 mars 1982 (n°80-40455), Bull. civ. V, n°180.

²⁶⁷ Un arrêt de la première chambre civile du 6 décembre 2007 (n°06-18049, Bull. civ. I, n°383) énonçait ainsi que « si M. X... avait consenti une limitation importante de la réparation du préjudice à laquelle il pouvait prétendre, une indemnisation amiable avait été proposée aux victimes sans attendre l’issue d’une procédure longue et coûteuse, que le FIPOL [Fonds internationaux d’indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures] avait accepté au titre d’une indemnisation forfaitaire de dédommager M. X... pour la période pour laquelle il ne justifiait pas de ses pertes financières et qu’enfin le mode de détermination des pertes [...] était favorable à la victime » (nous soulignons), ce qui caractérisait bien l’existence de concessions réciproques fondant la validité de la transaction. V. aussi Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°2125 : « certes, la transaction est un contrats commutatif, mais elle possède un certain caractère aléatoire : la victime, espérant que son mal ne s’aggrave pas, a pu obtenir des indemnités supérieures à l’état actuel du préjudice souffert ; et si l’assureur, ou l’auteur du dommage, a accepté la transaction, qui lui est peut-être défavorable, c’est dans la perspective de n’avoir rien à donner en plus dans l’hypothèse d’une aggravation, imprévisible mais possible, de l’état du cocontractant ».

²⁶⁸ P. CHAUVEL, préc., n°333.

du mécanisme considéré, ce qui excluait toute protection du droit à l'égard des parties qui ont choisi de parier sur ce risque²⁶⁹.

2. L'imprévisibilité dans la sanction de la rupture d'une relation contractuelle ou précontractuelle

61. La rupture imprévisible de la relation précontractuelle – On retrouve, dans les solutions rendues en matière de rupture des négociations, la double exigence d'une discordance entre le signe et le signifié, et d'une confiance²⁷⁰ légitime trompée. Pour qu'un agissement soit considéré comme imprévisible, il est nécessaire qu'il se manifeste comme une incohérence par rapport à la situation à partir de laquelle la partie qui l'invoque pensait pouvoir apprécier le risque pesant sur la relation. Il est donc nécessaire, à qui entend se prévaloir d'un abus dans la rupture des pourparlers, de démontrer préalablement l'existence d'une apparence sur laquelle il pouvait raisonnablement fonder sa confiance dans le devenir du processus de négociation. Ainsi, dès lors qu'un négociateur manifestera extérieurement un intérêt actif pour les propositions faites, une approbation de tel ou tel élément en discussion, ou encore une croyance ferme dans l'aboutissement du projet, sa volonté, signifiée par le comportement, paraîtra à l'autre prévisible car en apparence dénuée d'aléa. Toute discordance qui apparaîtrait entre la volonté affichée et la volonté réelle viendrait alors surprendre le partenaire par son caractère raisonnablement imprévisible, en regard de ce qui lui était donné à voir des intentions de l'autre. Tout comportement ayant suscité une confiance légitime de la victime dans le comportement du partenaire, qui rendait de plus en plus certain à ses yeux l'aboutissement heureux des pourparlers, et corrélativement de plus en plus imprévisible une

²⁶⁹ Il convient néanmoins de souligner que cette solution, logique pourtant, semble ne plus être celle retenue par la jurisprudence, depuis un revirement remarqué de la première chambre civile en 2008 (Civ. 1, 22 mai 2008, n°06-19643, Bull. civ. I, n°151 confirmé par la suite : Civ. 1, 17 juin 2010, n°09-14144, Bull. civ. I, n°138. Un arrêt précurseur de la chambre sociale avait admis la nullité pour erreur de droit – requalifiée en erreur sur l'objet de la contestation par la Cour – dès la fin des années quatre-vingt-dix : Soc. 24 novembre 1998, n°95-43525, Bull. civ. V, n°515. Il convient donc de considérer cette position comme fermement établie). Dans cette décision, la haute juridiction a ainsi admis la rescision d'une transaction destinée à compenser une différence de 1 m² entre la surface d'un bien vendu et sa surface réelle. Néanmoins, s'étant aperçu, après avoir transigé, que la surface, calculée selon les dispositions de la loi CARREZ (Il s'agissait plus précisément de l'article 4-1 du décret n°67-223 du 17 mars 1967 qui en découle), faisait apparaître en réalité une différence de plusieurs mètres carrés avec la surface annoncée, l'acquéreur intenta une action à laquelle la société venderesse opposa la transaction conclue. Les demandeurs au pourvoi agissaient sur deux fronts, faisant valoir que l'erreur invoquée pouvait être considérée comme portant sur l'étendue des droits et était dans ce cas constitutive d'une lésion, mais aussi comme étant une erreur de droit, portant sur la méconnaissance du texte légal lors de la mesure des locaux. Pourtant, la haute juridiction a rejeté le pourvoi, au motif que cette « erreur, fût-elle de droit, affecte l'objet de la contestation tel que défini par ladite transaction », ce qui justifiait le prononcé de la rescision de la transaction.

²⁷⁰ La jurisprudence emploie ici le terme de *confiance*, plus que de *croyance*, ce qui s'explique par la nature de la relation visée qui est purement fondée sur la considération et l'anticipation d'un comportement.

rupture de ceux-ci, pourra dès lors être considéré comme fautif. Ainsi, le point d'équilibre entre la liberté – qui demeure à ce stade – et la croyance suscitée chez le partenaire peut donc être trouvé dans l'existence d'un contrôle de la prévisibilité des comportements venant « tempérer le principe de liberté précontractuelle qui domine les pourparlers, et d'après lequel la rupture d'une négociation ne peut être source de responsabilité pour celui des négociateurs qui en prend l'initiative »²⁷¹.

La preuve du caractère légitime de la confiance invoquée passera donc par la démonstration de l'existence d'une incohérence comportementale, qui se manifestera d'abord objectivement, au regard de la brutalité de la rupture par rapport à la situation avec laquelle elle intervient en contradiction, mais également de manière subjective lorsque la volonté apparente du partenaire ne reflète pas sa volonté réelle.

62. Le critère habituel d'une « brutalité » de la rupture – Le caractère brutal de la rupture, quelle que soit la relation (négociations ou relation contractuelle établie) est indéniablement celui qui se rapporte de la manière la plus évidente à l'idée d'imprévisibilité²⁷². Lorsqu'elle intervient dans une relation qui semblait naturellement s'orienter vers la conclusion du contrat projeté, la rupture introduit une dissonance au sein d'un ensemble qui en raison de son harmonie semblait mener, de manière prévisible, au dénouement recherché : les négociations souvent avaient atteint une intensité telle qu'elle laissait augurer une conclusion heureuse, et faisaient ainsi naître et s'affermir de réels espoirs d'aboutissement du processus. Si les exemples jurisprudentiels sont nombreux²⁷³, un arrêt de la cour de Versailles a le mérite d'être particulièrement clair : « les parties étaient arrivées au stade ultime des négociations, un projet d'acte étant alors élaboré lorsque, alors qu'aucune difficulté n'avait jusqu'alors été soulevée, [la société] a, *de façon brutale et imprévisible*, et pour des motifs qui s'avèrent être des prétextes, rompu ces négociations »²⁷⁴. Une telle attitude « n'est guère loyale car elle surprend

²⁷¹ H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », in. *Actes du colloque organisé le 22 juin 2007 par le laboratoire DANTE de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*, Dalloz, 2008, p. 117 et s. V. aussi : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », in. *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s : « certes, au stade de la négociation du lien contractuel, priorité est laissée à la liberté de ne pas contracter, mais on sait que cette liberté est désormais canalisée dans un souci de loyauté et de sécurité. Ainsi [...] lorsque l'intention de contracter s'est concrétisée par une apparence de volonté ferme de conclure, la rupture soudaine des discussions est susceptible d'engager la responsabilité du négociateur inconstant ».

²⁷² B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, préf. F. FERRAND, Lyon, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, n° 323.

²⁷³ V. not. : Com. 20 mars 1972, Bull. Civ. IV, n°93 ; Com. 22 avril 1997, D.1998.45, note CHAUVEL ; Com. 18 janvier 2011 (09-14617).

²⁷⁴ Versailles, 10 septembre 2009, n°08/04982 (nous soulignons).

l'autre partie et la prive surtout de toute possibilité de se ménager à temps une solution de repli »²⁷⁵.

63. Discordance du signe et du signifié – Le comportement de l'auteur de la rupture peut aussi être apprécié de manière plus subjective : il ne lui sera plus alors reproché d'avoir rompu de manière soudaine, brutale, des pourparlers avancés, *mais de n'avoir pas donné à voir à son partenaire quelle était sa volonté réelle* : les juges s'attacheront alors à identifier la discordance entre volonté interne et volonté signifiée. Ce sera le cas notamment de celui qui a « prolongé inutilement les discussions ou entamé celles-ci en étant, dès le départ, sans intention réelle de contracter »²⁷⁶. Ou encore de celui qui, ayant connaissance d'un élément venant obérer la conclusion du contrat projeté, ou ayant finalement décidé de ne pas le conclure, tarde à en avertir l'autre²⁷⁷ ou le maintient dans une appréciation erronée des chances de succès des négociations²⁷⁸. C'est également le cas du partenaire qui négocie parallèlement, à l'insu de l'autre. Si un tel comportement ne saurait en soi être fautif en l'absence de clause d'exclusivité, il semble néanmoins que la conduite de négociations parallèles sera sanctionnée lorsqu'elle s'accompagnera de circonstances tendant à démontrer l'absence de volonté réelle de parvenir à un accord avec l'un ou avec l'autre.

On retrouve cette attention portée à la concordance entre la volonté réelle et celle qui est donnée à voir à travers le comportement, dans nombre de projets législatifs, notamment les *Principes du droit européen des contrats* qui précisent qu' « il est contraire aux exigences de la bonne foi, notamment, pour une partie d'entamer ou de poursuivre des négociations sans avoir de véritable intention de parvenir à un accord avec l'autre »²⁷⁹.

64. La rupture imprévisible d'une « relation commerciale établie » – En ce qui concerne la rupture d'une relation contractuelle, le principe de liberté contractuelle implique la possibilité de rompre un contrat à durée indéterminée, ainsi que l'exige la règle classique de la prohibition des engagements perpétuels²⁸⁰. Mais cette faculté ne doit pas être prétexte à une atteinte portée aux intérêts de la partie qui se trouverait soudainement délaissée alors même que rien ne laissait présager une rupture. Dans sa décision du 9 novembre 1999, le Conseil

²⁷⁵ B. FAGES, « La rupture des pourparlers », in. B. FAGES, P. FLEURY (s. la dir.), *Lamy Droit du contrat*, juill. 2017, n°185.

²⁷⁶ Civ.2, 1^{er} avril 1998, n°96-18381. V. aussi entre autres : Com. 3 décembre 2002, n°99-14210 ; Com. 17 juin 2003, n°01-10272.

²⁷⁷ Civ.2, 10 octobre 2002, n°01-03079 ; Com.18 juin 2002, n°99-16488 : *RTDCiv.*2003.282, note J. MESTRE.

²⁷⁸ Civ.3, 19 février 2002, n°00-19714 ; Com. 13 octobre 2009, n°08-16634.

²⁷⁹ Article 2 : 301 alinéa 2 P.D.E.C. V. aussi : Article 2.1.15 UNIDROIT.

²⁸⁰ Article 1210 du Code civil.

constitutionnel s'est attaché à maintenir ce nécessaire équilibre en affirmant que nonobstant la possibilité d'une résiliation unilatérale, « [...] *l'information du cocontractant*, ainsi que la réparation du préjudice éventuel résultant des conditions de la rupture, [doivent] toutefois être garanties »²⁸¹. L'article 1211 du Code civil dispose que « lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». La loi n°96-588 du 1^{er} juillet 1996 portant sur la loyauté et l'équilibre des relations contractuelles prévoyait déjà une disposition similaire en matière commerciale, où l'article L. 442-6 5^e du code de commerce interdit « de rompre *brutalement*, même partiellement, une relation commerciale établie, *sans préavis écrit* tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels ». A la différence de la régulation des comportements précontractuels, la condition d'imprévisibilité de la rupture s'infère ici directement de la loi, *qui conduit à donner effet à l'anticipation d'une pérennité de la relation qu'avait formée une partie sur la foi des apparences à travers la sanction du comportement imprévisible*. La jurisprudence exige en effet que ces relations revêtent un caractère « suivi, stable et habituel » de sorte que « la partie victime de l'interruption *pouvait raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaire avec son partenaire commercial* »²⁸².

65. Brutalité ou imprévisibilité (ou les deux...)? – Mais la brutalité est-elle, en cette matière, nécessairement synonyme d'imprévisibilité ? Dans une décision du 6 septembre 2016, la chambre commerciale a semblé distinguer les deux notions en décidant que « *le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal* si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire *manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale* et faisant courir un délai de préavis »²⁸³. Autrement dit, quoi qu'il existât des signes permettant d'anticiper la rupture prochaine par le cocontractant (en l'espèce : un échange de courriels), « la brutalité se caractérise [...] par la seule absence formelle de prévenance mais nullement par la survenance inattendue d'une rupture soudaine »²⁸⁴. Dès lors il semblerait qu'en retenant cette conception de la brutalité, *les*

²⁸¹ C. constit. 9 novembre 1999, DC n°99-419.

²⁸² *Rapport de la Cour de cassation*, 2008, p. 307. Nous soulignons. V. aussi : Com. 10 février 2015, n°13-26414 : *RDC* 2015, n°3, p. 470, note O. DESHAYES ; CCC 2015, n°89, obs. N. MATHEY ; *RLDC* 2015, p. 18, note C. LE GALLOU ; *JCP E* 2015, note S. LE GAC-PECH.

²⁸³ Com. 6 septembre 2016, n°14-25891 (nous soulignons): *D.2016.2203*, note C. MOULY-GUILLEMAUD.

²⁸⁴ C. MOULY-GUILLEMAUD, « La brutalité d'une rupture prévisible », *D.2016.2205*,

juges évincent le critère de la prévisibilité pour juger du caractère abusif de la rupture au vu d'un critère concurrent qui serait la brutalité...

Il semble pourtant que la brutalité vienne *préciser le contenu notionnel de la prévisibilité* en cette matière, plutôt qu'elle ne s'en distingue. En effet, à la différence des négociations, où les parties n'étant pas encore engagées *la vraisemblance va naître au fur et à mesure que les comportements vont révéler une volonté de conclure*, la rupture d'une relation commerciale, surtout si elle s'inscrit dans une certaine durée, heurte *une vraisemblance déjà construite portant sur la persistance de la relation*. Or sur cette vraisemblance reposent d'ores et déjà des intérêts divers qu'il convient de protéger : c'est-à-dire que dans le cas d'une rupture il conviendra non seulement que le cocontractant ait connaissance de la prochaine rupture, *mais que cette connaissance lui permette d'anticiper le risque que cela fait peser sur ses intérêts*, ce qui justifie l'imposition d'un délai de préavis, notifié par écrit²⁸⁵. Il nous semble donc que le critère de la prévisibilité n'est pas évacué dans ce cas, mais seulement *spécifié* : lorsqu'une relation contractuelle existe, son caractère *établi* rend vraisemblable sa persistance, et seul un préavis écrit permettant au cocontractant de réorganiser ses affaires, constitue un signe efficace pour rendre cet événement prévisible. A défaut, la rupture sera brutale, quels qu'aient été les signes éventuellement donnés au cocontractant.

La jurisprudence a été amenée à définir au cas par cas la durée du préavis raisonnable exigé par les textes²⁸⁶. Ainsi, dans une relation de distribution ayant duré dix-neuf ans, le délai de préavis de huit mois a été jugé insuffisant, les juges l'évaluant à une année²⁸⁷, et à deux ans pour une relation ayant duré trente-cinq ans²⁸⁸, les montants des dommages et intérêts s'élevant dans ce dernier cas à 9 millions d'euros ! Il existe en outre des délais imposés dans certains contrats : ainsi en matière de sous-traitance, l'article 12.2 du contrat-type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants²⁸⁹, prévoit, à défaut de stipulations contraires, un délai de préavis d'un mois lorsque la relation contractuelle a duré au maximum six mois, de deux mois lorsque la relation a duré entre six

²⁸⁵ Sur la fonction du préavis : O. DESHAYES, « Rupture brutale des relations commerciales établies : caractérisation de la faute et étendue de l'indemnisation », *RDC* 2015.470.

²⁸⁶ L'Article 1211 du Code civil intègre désormais en droit commun cette exigence d'un délai raisonnable pour rompre un contrat à durée indéterminée. V. aussi : Article L. 442-6 du code de commerce.

²⁸⁷ Paris, 5 février 2015, n°13/11944 : *JurisData* n°2015-002110. V. aussi : Paris, 11 février 2015, n°12/22955, *JurisData* n°2015-002375 ; Paris, 11 février 2014, n°12/20264 : *JurisData* n°2015-002383 (délai raisonnable d'un an pour une relation contractuelle ayant duré sept ans) ; Paris, 22 mai 2015, n°13/05277 : *JurisData* n°2015-012875.

²⁸⁸ Amiens, 2 juin 2015, n°14/00395 : *JurisData* n°2015-013953.

²⁸⁹ Cf. décret n°2003-1295 du 26 décembre 2003 portant approbation du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises exécutés par des sous-traitants.

mois et un an, et de trois mois lorsqu'elle a duré plus d'un an²⁹⁰. A l'inverse, il sera possible de réduire le préavis lorsque les circonstances ne caractérisaient pas une relation commerciale *établie*, et rendaient donc prévisible le risque de rupture du contrat en raison de sa précarité²⁹¹. De manière générale donc, l'imprévisibilité s'appréciera au regard de l'état antérieur de la situation, de sa *continuité orientée*, et il sera alors aisé de démontrer l'incohérence de la partie qui « s'est longtemps conduite d'une certaine façon et subitement change de comportement »²⁹².

66. Conclusion de la sous-section 2 à la protection de la prévisibilité – Le recours à la prévisibilité apparaît de façon plus ou moins explicite tant dans certains mécanismes légaux que dans la jurisprudence. L'étude de ces applications révèle une particulière efficacité, qui s'infère notamment *du caractère intrinsèquement dynamique de la notion*.

D'une part la légitimation de la croyance par la considération de la prévisibilité des risques affectant son objet conduit à *une appréciation équilibrée de la protection* dont elle peut faire l'objet : celui qui l'invoque verra en effet son propre comportement jaugé à l'aune des diligences qu'il aura mises en œuvre pour dissiper l'imprévisibilité qui environnait ses prévisions. Le recours à la prévisibilité, loin d'être le support d'une protection mécanique, ouvre au contraire à une certaine moralisation du contrat, à travers la responsabilisation des contractants dans leur rapport à l'incertitude.

Par ailleurs le champ même de la protection se trouve accru : par rapport à la notion, statique, de vérité, la prévisibilité permet *une prise en compte large de l'ensemble des objets de croyance* : qu'ils soient actuels ou seulement éventuels. Une relecture de la théorie des vices du consentement, et notamment de l'erreur, invite ainsi à plus considérer *le risque pesant sur l'objet de la croyance* que son seul état actuel au moment de la formation du contrat.

67. Conclusion de la section 1 la neutralisation des risques imprévisibles – L'apparence constitue un signe nécessaire mais aussi souvent trompeur pour connaître la réalité des choses ou anticiper leur réalisation future. Afin d'assurer la protection des parties qui se seraient méprises dans leur interprétation de l'apparence, la recherche du caractère *légitime* de la croyance invoquée permet de discriminer efficacement les événements perturbateurs des prévisions contractuelles : seront neutralisés ceux que la partie ne pouvait légitimement

²⁹⁰ Cf. Grenoble, 19 mars 2015, n°12-03005 : JurisData n°2015-006852.

²⁹¹ V. par ex. : Paris, 10 septembre 2014, n°12/08993 : CCC 2014, n°242, p. 17, obs. N. MATHEY.

²⁹² B. JALUZOT, *op. cit.*, n°328.

anticiper, c'est à dire ceux qui étaient *imprévisibles*. La notion d'imprévisibilité possède tout à la fois *une assise objective large*, en procédant à une recherche de la signification des circonstances ayant précédé la survenance de l'événement, et une aptitude à *jauger les conditionnements subjectifs* de la croyance. Les événements qui n'offraient pas la possibilité d'être anticipée, dès lors que l'individu aurait mis en œuvre les diligences normalement attendues, seront alors écartés, au bénéfice des prévisions quoi qu'erronées de la partie qui s'est fondée sur ce qui était vraisemblable. A l'inverse, *lorsqu'il apparaîtra comme prévisible, un événement, même imprévu, pourra avoir un effet sur le contrat...*

Section 2 : L'effet donné aux événements prévisibles

68. Introduction – En droit des obligations, les références *positives*²⁹³ à la prévisibilité semblent recouvrir une signification beaucoup plus politique que l'acception purement technique qu'elles peuvent avoir en d'autres matières²⁹⁴. Que ce soit dans les dispositions de l'article 1231-3 du Code civil, dans le refus de principe de sanctionner la rupture de relations contractuelles, ou encore dans les modalités de régulation des comportements au cours de la phase de négociation du contrat, il est possible d'observer un *mouvement général de dépassement de la norme contractuelle* conduisant à relativiser la portée de l'article 1103 du Code civil, mais qui traduit une véritable politique juridique cohérente à l'égard de l'imprévu surgissant dans un mécanisme essentiellement marqué par la prévision. Il apparaît en effet que *ce qui aurait pu – et donc aurait dû – être prévu, compte autant que ce qui avait été prévu par les parties* : la prévisibilité pourra alors justifier tant un dépassement des prévisions (**sous-section 1**), que leur évincement pur et simple (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Le dépassement des prévisions

69. Annonce du plan – Le *prévisible* sert d'abord à augmenter le contenu du contrat au-delà du seul *prévu*. L'exemple le plus frappant de ce phénomène réside sans doute dans le principe fixé à l'article 1231-3 du Code civil. Une relecture de cette disposition, et notamment de la

²⁹³ A l'inverse de l'*imprévisibilité* précédemment évoquée, il s'agit ici d'appliquer la *prévisibilité* en tant que telle, c'est-à-dire dans son acception positive.

²⁹⁴ Par exemple l'article 271 du Code civil qui impose de tenir compte, lors de la fixation de la prestation compensatoire « de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci *dans un avenir prévisible* », et notamment : du patrimoine et des droits « estimés ou prévisibles des époux ».

référence à la prévisibilité traditionnellement négligée voire marginalisée²⁹⁵ en pratique, conduit en effet à *ajouter à ce qui avait été prévu ce qui était prévisible quoi qu'imprévu (§1)*, relativisant ainsi *en apparence seulement* le principe d'autonomie de la volonté que l'on se plaît souvent à lire sous la célèbre formule. Car le recours à la prévisibilité apparaît en réalité dans le même temps comme un encadrement du champ de cette responsabilité (§2).

§1 : L'accroissement de la responsabilité

70. Lecture classique de la règle de prévisibilité du dommage – La disposition est connue qui exclut la réparation de dommages imprévisibles, et sa justification, en apparence évidente, l'est tout autant, qui tient à la nature du contrat acte de prévision²⁹⁶. Distinguant les raisons d'être cachées et apparentes de cette mesure, un auteur relevait au titre de ces dernières que « la volonté est le principe fondamental théorique de l'article 1150²⁹⁷. Même inexécutée, l'obligation reste marquée par le concert initial des volontés, qui permettra de déterminer ce qui devait être fait, et par déduction, la partie « réparable » du « dommage »²⁹⁸ [...]. Le créancier ne peut pas exiger du débiteur une somme résultant d'une conséquence de sa défaillance ayant normalement échappé aux prévisions de celui-ci »²⁹⁹. Un autre précise que cette différence avec la responsabilité délictuelle « est fondée sur l'idée qu'en matière contractuelle les parties conservent pleine liberté de s'engager ou non et qu'elle sont en mesure de définir préalablement les conditions de leur relation. A l'inverse, en matière

²⁹⁵ P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *in. Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 243, §17.

²⁹⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadriges, 1^{ère} éd., 2004, n°1073 ; O. BUSTIN, « Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel », *D.2012.238*.

²⁹⁷ Désormais article 1231-3 du Code civil.

²⁹⁸ Souligné par l'auteur.

²⁹⁹ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1036. Bien qu'elle ait semblé un temps désuète (V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd. 2001, n° 319), cette règle est revenue sur le devant de la scène jurisprudentielle au détour des années 2010 (Civ.1, 28 avril 2011, n°10-15056, Bull. civ. I, n°77 : *D.2011.1725* obs. I. GALLMEISTER, et note M. BACACHE ; *D.2012.47*, obs. Ph. BRUN et O. GOUT ; *idem*, p. 459, obs. S. AMRANI MEKKI et M. MEKKI ; *idem*, p. 1439, obs. H. KENFACK). On la retrouvait du reste dans l'ensemble des projets de réforme du droit des obligations (Article 1366 de l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* ; Article 118 du *Projet TERRE*). L'ordonnance du 10 février 2016 la consacre à l'article 1231-3 du Code civil qui, reprenant à peu de choses près la formulation de l'ancien article 1150, dispose « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive » (nous soulignons). Elle existe du reste de manière assez uniforme dans l'ensemble des systèmes juridiques européens, soit en tant que telle, soit à travers le recours à d'autres concepts. Sur cette question V. l'étude d'ensemble : Ph. PIERRE et F. LEDUC (s. la dir.), *La réparation intégrale en Europe, Études comparatives des droits nationaux*, Larcier, coll. Dossiers, 2012 ; V. aussi : C. MOILLE, « De la réparation des seuls dommages prévisibles en matière contractuelle », *RLDC* 2014.5290. L'article 9.503 P.D.E.C la reprend (cf. C. PRIETO (s. la dir.), *Regards croisés sur les Principes du Droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p.517).

délictuelle, l'engagement de la responsabilité découle d'un fait quelconque qui n'a pas pu être envisagé en amont par les responsables et les victimes »³⁰⁰.

L'impression qui se dégage d'une première lecture de cette disposition est en effet qu'il s'agit d'un texte protecteur de la volonté initiatrice de l'accord contractuel³⁰¹, qui marque la limite entre le voulu et le non voulu, ce dernier se trouvant dès lors nécessairement exclu de la gestion d'une éventuelle inexécution. « Ainsi, souligne un auteur, c'est à ce moment crucial [de la formation du contrat] que les parties doivent déterminer jusqu'où leur responsabilité contractuelle pourra être engagée en cas de défaillance de leur part. *Un contractant ne peut pas être engagé vis-à-vis de l'autre au-delà de ce qui a été prévu au moment de la conclusion du contrat* »³⁰². Il y aurait donc là une énième manifestation du principe de liberté contractuelle, voire de cette autonomie de la volonté selon laquelle les contractants se donneraient, à travers la conclusion du contrat, à eux-mêmes leur propre loi. La volonté reine serait une fois encore apte à écarter certains principes – tel en l'espèce celui de la réparation intégrale du préjudice qui gouverne le régime de la responsabilité délictuelle³⁰³ – et étendrait son emprise sur l'avenir contractualisé à travers les prévisions formulées sur lesquelles se sont scellés les consentements : « dès lors, le rapport de prévisibilité a pu être présenté comme la condition spécifique du régime de la défaillance contractuelle »³⁰⁴. Nombreuses sont du reste les décisions venant conforter cette vision pour le moins rassurante. Ainsi de l'abondante jurisprudence rendue en matière de contrats de transports, où le transporteur ne saurait être tenu d'un dommage qu'il n'était pas en mesure de prévoir lors de la conclusion du contrat³⁰⁵. Une décision récente l'affirme d'ailleurs avec force en énonçant sous la forme d'un attendu de principe que la méconnaissance par le transporteur de son obligation de ponctualité (qui est de résultat) « est réparée à concurrence du préjudice *strictement prévisible* lors de la conclusion

³⁰⁰ C. MOILLE, préc., p. 8.

³⁰¹ V. entre autres : I. DEFRENOIS-SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du code civil)*, Paris II, 1979, n°493 : « l'article 1150, et aucun autre texte, rend le principe de l'autonomie de la volonté applicable aux conséquences de l'inexécution. [...] c'est le consentement contractuel qui fonde la responsabilité » ; M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? » D.2011.1725.

³⁰² C. MOILLE, préc. p. 9.

³⁰³ La réparation partielle apparaît alors, comme une caractéristique du traitement de la défaillance contractuelle, qui le différencie radicalement de la responsabilité délictuelle : celle-ci étant « absolue », alors que celle-là ne saurait être que « relative » (Cf. Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1035).

³⁰⁴ *Idem*, n°1034.

³⁰⁵ V. not. les nombreuses décisions rendues à propos de la SNCF, écartant l'indemnisation par celle-ci d'un dommage subi par les passagers victimes d'un retard, lorsque l'entreprise n'avait pas connaissance de leur correspondance aérienne (Civ.1, 28 avril 2011, n°10-15056, Bull. civ. I, n°77 (préc.) ; Civ. 1, 2 oct. 2013, n° 12-26975 : *Resp. civ. et ass.*, janv. 2014, comm. 4, comm. H. GROUDEL), ou encore de la plaidoirie que devait effectuer un avocat une fois arrivé à destination (Civ. 1, 26 septembre 2012, n°11-13177, Bull. civ. I, n°185 : D.2012.2305, obs. I. GALLMEISTER ; *Resp. civ. et ass.*, déc. 2012, comm.330, comm. S. HOCQUET-BERG ; D.2013.2432, obs. H. KENFACK ; *RTDCom*.2012.843, obs. B. BOULOC).

du contrat et qui constitue une suite immédiate et directe du retard dans l'exécution de celui-ci »³⁰⁶...

71. Vers une approche plus dynamique de la responsabilité – Cette explication, pourtant, trouve rapidement ses limites, pour peu que l'on considère la lettre du texte, comme la lecture jurisprudentielle qui en est faite. La prévisibilité apparaît alors sous un jour nettement plus politique, en décalage finalement avec la fin essentiellement technique qui lui est habituellement dévolue.

La lettre de l'article 1231-3 est explicite : en matière de défaillance contractuelle il convient de s'en tenir à une réparation qui n'excède pas le *périmètre contractuel*. Le texte pourtant pose une alternative trop souvent négligée³⁰⁷ par les plaideurs, adjoignant à ce qui a été prévu les dommages et intérêts « *qui pouvaient être prévus* », c'est-à-dire qui étaient, au sens premier du terme, *prévisibles*. Il s'en suit une faculté ouverte au créancier *de dépassement des prévisions qui pourraient lui être opposées* et dont l'incomplétude ne constituera pas nécessairement un motif d'exonération de la responsabilité du contractant défaillant³⁰⁸. Précisons d'abord que l'évolution de la lecture faite de cet article par la jurisprudence³⁰⁹ conduit à distinguer la prévision (ou la prévisibilité) du *dommage*, c'est-à-dire l'atteinte portée aux intérêts du créancier par l'inexécution d'une obligation contractuelle, et celle des *dommages et intérêts*, c'est-à-dire *la quantification du préjudice*, revenant à déterminer le montant de l'équivalent monétaire destiné à compenser la perte subie du fait de cette inexécution³¹⁰. Dans une décision fondatrice du 16 février 1954 la chambre commerciale a décidé que les dispositions « qui limitent la responsabilité du débiteur, concernent seulement la prévision ou la prévisibilité *des éléments constitutifs du dommage*, et non l'équivalent monétaire destiné à le réparer »³¹¹. Ainsi « ce que doit prévoir le débiteur à la conclusion du contrat est qu'un dommage *peut se produire* en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution »³¹² : on est là dans un mécanisme somme toute classique d'appréhension et d'anticipation du risque³¹³.

³⁰⁶ Civ. 1, 14 janvier 2016, n°14-28227 (publiée) : *RDC* 2016. 210, note T. GENICON ; *D.*2016.981, note C. GAUCHON ; *CCC* n°4, avril 2016, comm. 87, comm. L. LEVENEUR.

³⁰⁷ S. PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat », *RTDCiv.*2009.417 ; P. ANCEL, préc., p. 243, §17.

³⁰⁸ O. BUSTIN, préc., n°2.

³⁰⁹ Com. 16 février 1954 : *Bull. civ. IV*, n°56 ; *D.*1954.534, note R. RODIERE.

³¹⁰ Sur cette distinction V. entre autres : J. FALIN, « La réparation du dommage contractuel prévisible », *Dr. et patr.* 2009, n°181, p. 50 et s ; Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op.cit.*, n°1043.

³¹¹ Com. 4 mars 1965, n°60-12767, *Bull. civ. IV*, n°171 (nous soulignons) : *JCP* 1965.II.14219, note R. RODIERE.

³¹² J. FALIN, préc., p. 52.

³¹³ O. GOUT, note sous *Civ.1*, 28 avril 2011, *D.*2012.47.

En réalité et de façon assez paradoxale, on peut se demander si cette lecture pourtant restrictive n'a pas conduit à accroître la portée de la règle dans un sens plus exigeant : si l'appréciation du *quantum* de la réparation apparaît difficile à anticiper *ab initio* (ne serait-ce qu'en raison du phénomène de l'érosion monétaire³¹⁴) – ce qui ne veut pas dire que les parties, ou même la loi³¹⁵, ne puissent stipuler des clauses en ce sens, visant à plafonner ou à fixer à l'avance les modalités d'évaluation du préjudice – l'anticipation par une partie des conséquences dommageables de son inexécution semble quant à elle beaucoup plus simple à effectuer. L'article 1231-3 peut ainsi être lu comme une disposition visant à limiter la réparation *comme à l'accroître au-delà des seuls dommages qui avaient été prévus par le débiteur défaillant* : il s'agit en effet de considérer non seulement ce qui a été effectivement voulu par les parties, mais aussi ce qui aurait dû être anticipé au vu des circonstances puisqu'à défaut cela reviendrait pour le débiteur de l'obligation à se défendre en invoquant sa propre incurie. Le recours à la prévisibilité revêt alors nécessairement une dimension performative : l'évoquer revient à l'imposer comme norme objective à l'aune de laquelle seront mesurées les diligences des parties dans l'anticipation des conséquences de leur inexécution. Une prévisibilité laissée au bon vouloir de ceux qui prévoient serait dénuée de portée puisqu'elle reviendrait à laisser chacun seul juge *in fine* de la portée de son inexécution.

72. Un apport de la réforme de 2016 – L'évolution du texte de cette disposition par rapport à celle de l'ancien article 1150 du Code civil, qui visait « ce qu'*on a pu* prévoir », faisant porter par-là la prévisibilité vers une possibilité d'exonération tenant à des considérations subjectives, fait de ce point de vue œuvre de clarification. Le texte actuel qui vise « ce qui *pouvait être* prévu » place en effet le centre de gravité de l'appréciation de la prévisibilité *du côté de l'objet lui-même*, inclinant à penser que la prévisibilité se trouve consacrée comme une caractéristique essentiellement objective considérée en tant que telle, toujours par référence à un standard d'homme raisonnable³¹⁶. L'avantage pourrait être alors de rendre plus complexe l'exonération du contractant défaillant qui ne devrait pas seulement démontrer ne pas avoir eu connaissance d'éléments d'anticipation suffisants, mais aussi *qu'un contractant raisonnable placé dans la même situation n'aurait pu prévoir le dommage causé par son inexécution*. Ainsi dans les affaires, récurrentes devant les juridictions, mettant en cause des entreprises de transport de voyageurs, alors que la jurisprudence admet aujourd'hui assez

³¹⁴ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1043.

³¹⁵ Par ex. l'article 1953 alinéa 3 du Code civil qui limite les dommages et intérêts dus au voyageur par l'hôtelier en cas de vol ou de détérioration des objets déposés dans l'établissement.

³¹⁶ Ce qui est déjà le cas : cf. Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1041.

largement l'exonération de l'entreprise défaillante dans son obligation de ponctualité au motif qu'elle ne pouvait, au vu du contrat conclu, prévoir que le voyageur avait telle correspondance ou telle obligation professionnelle qui dépendait de son arrivée en temps et en heure à destination, il pourrait être possible d'admettre une réparation plus large des préjudices qui ne constituaient pas une suite immédiate et directe du contrat de transport. En effet, et pour prendre un exemple topique, quoi que la SNCF ne soit pas en mesure de connaître les motivations particulières de chaque voyageur empruntant son réseau, le fait que « le transport ferroviaire n'est pas un but en soi mais seulement un moyen pour le voyageur de se livrer, une fois arrivé à destination, à une activité, qu'elle soit professionnelle ou non ³¹⁷ » *est en lui-même prévisible, nonobstant les circonstances particulières entourant la conclusion du contrat de transport*. Reste à voir si la jurisprudence se saisira de cette nuance sémantique pour faire varier les décisions rendues dans un sens plus favorable aux voyageurs... Au vu des intérêts économiques en jeu pour les entreprises il est néanmoins permis d'en douter ³¹⁸.

73. La nécessaire hiérarchisation du prévu et du prévisible – Revenant sur le terme de *responsabilité* contractuelle pour en critiquer la pertinence, une certaine doctrine affirme : « ce que l'usage nomme faussement ainsi est, en cas de défaillance du débiteur, une exécution différente et souvent différée. Cette exécution a forcément pour mesure celle qui était prévue. D'où seules les conséquences prévues ou prévisibles de l'inexécution pourront être mises à la charge du débiteur, car ce sont les seuls risques contractuels qu'il avait acceptés : *l'équivalent ne peut pas dépasser le promis* » ³¹⁹. Très éclairante sur le mécanisme lui-même, cette explication laisse pourtant dans l'ombre la hiérarchie indispensable des notions : *la prévisibilité doit nécessairement primer sur la prévision*, sous peine de dénaturer le système. En effet, si l'on se cantonnait au seul prévu, il suffirait alors au débiteur de démontrer que le dommage causé, quel qu'il soit, n'était pas entré dans le champ contractuel, pour s'exonérer de toute réparation, *alors même que les circonstances au moment du contrat lui permettaient d'anticiper la portée dommageable de sa défaillance*. Il y aurait là une prime à la mauvaise foi assez insupportable, que ne reprend pas à son compte la jurisprudence.

³¹⁷ S. HOCQUET-BERG, « Conditions de la responsabilité : dommage prévisible. Avocat empêché d'assister son client à cause du retard d'un train », *Resp. civ. et ass.*, déc. 2012, comm.330 (sous Civ.1, 26 septembre 2012, n°11-13177), p. 18.

³¹⁸ Cf. C. MOILLE, préc., p. 11.

³¹⁹ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1037 (souligné par l'auteur).

La prévisibilité conduit en effet à dépasser le strict contenu du contrat en élargissant le champ du réparable. Et ce d'autant plus que l'appréciation du prévisible se fera par hypothèse *in abstracto* par référence à « un débiteur raisonnable, placé dans les mêmes conditions, sans tenir compte de sa personnalité plus ou moins prévoyante »³²⁰. L'orientation retenue est donc en quelque sorte « standardisée » puisqu'il ne suffira pas au contractant actionné en responsabilité d'opposer l'absence de prévision du dommage, mais de démontrer que celui-ci n'était pas prévisible au vu des éléments dont il disposait lors de la formation du contrat³²¹. Ainsi était par exemple prévisible pour la société d'autocars chargée de transporter les membres de l'*Amicale des cadres retraités de Perpignan* au cours d'un voyage organisé jusqu'en Italie, le fait que les bagages qui lui étaient confiés contenaient des objets de valeur (des bijoux en l'occurrence...pour une valeur de 200 000 francs !)³²². De même que l'étaient, *contre la lettre même de l'accord intervenu entre les parties*, les frais provoqués par le retard pris dans le paiement de marchandises livrées et qui devaient donc donner lieu à une indemnisation³²³. Quelles qu'aient été les prévisions derrière lesquelles le contractant défaillant pourrait avoir la tentation de se retrancher, la prévisibilité apparaît ainsi comme un instrument efficace d'accroissement du champ de la réparation.

§2 : L'encadrement de la responsabilité

74. Réponse à l'argument de la liberté contractuelle – Il semble à première vue aisé d'opposer l'argument de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté à une telle analyse. L'adjonction du *prévisible* au prévu soulève en effet une difficulté majeure³²⁴ : peut-on encore parler de *promis* dès lors que le dommage n'a pas été prévu mais *aurait pu (et du)*

³²⁰ J. FALIN, préc., p.54. La Cour de cassation considère qu' « un dommage est prévisible au sens de l'article 1150, lorsqu'il peut être *normalement prévu* par les contractants au moment de la conclusion de la convention » (Civ. 1, 25 janvier 1989 : D.1989.IR 47).

³²¹ Civ.1, 2 avril 2014, n°13-16038 : D.2014.1755, note C. PAULIN ; JCP 2014, n°793, note Ph. DELEBECQUE. V. aussi à propos de la SNCF : Civ.1, 28 avril 2011 (préc.) : sauf à démontrer en quoi la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat de transport, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale des passagers victimes de sa défaillance, laquelle leur avait fait manquer une correspondance, ces-derniers ne pourront être indemnisés.

³²² Civ.1, 3 juin 1998, n°95-16887, Bull. civ. I, n°199 : JCP 1999.II.10010, note N. RZEPECKI.

³²³ Com. 4 juillet 2006, n°04-19577, Bull. IV, n°164. Alors que les juges du fond avaient relevé que ces frais financiers n'étaient pas visés par l'engagement de la société relatif au coût d'escompte de la lettre de crédit, et avait de ce fait rejeté la demande, la Cour de cassation relève que « qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le paiement contractuellement convenu de la marchandise livrée, au moyen d'une lettre de crédit payable à vue émise par la société Martco, était intervenu avec retard, ce dont il résultait que l'acquéreur était tenu de réparer ces dommages prévisibles causés directement par le manquement à son obligation contractuelle, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations ».

³²⁴ Cf. O. BUSTIN, préc., n°2.

l'être ? Le procédé consistant à induire une volonté de la simple possibilité de connaissance pèche assez évidemment, tout comme celui – connexe – consistant à inclure dans le champ du promis quelque chose qui *aurait pu l'être* mais, par définition, ne l'a pas été...

En réalité le siège du prévisible demeure arrimé à la volonté initiatrice du contrat par le biais des signes qui seront considérés par le juge comme étant de nature à permettre l'anticipation de la mise en œuvre de la responsabilité. Ces signes pourront en effet être trouvés d'abord dans les clauses contractuelles, mais aussi et plus généralement dans le type de contrat conclu qui emporte nécessairement un certain nombre de conséquences devant être anticipées par les parties. Il en résulte un encadrement certain de la responsabilité, nonobstant l'extension de son champ précédemment évoquée.

75. La recherche du prévisible dans les clauses contractuelles – Il est possible d'abord, en raisonnant sur l'idée d'anticipation du risque plus que sur celle de prévision, d'identifier par voie de présomption³²⁵ les risques créés par l'éventualité d'une inexécution, ce qui évidemment conduit à dépasser un peu plus encore le *voulu* au bénéfice du simple *dû*, et à ramener finalement l'ensemble du champ de la « réparation » au prévisible plutôt qu'au prévu. La prévisibilité ayant son siège dans les signes perceptibles du risque de dommage, elle peut s'appuyer évidemment sur une analyse du contenu « positif » du contrat. Au-delà évidemment d'une clause visant directement un dommage – auquel cas on est là dans le prévu *stricto sensu*³²⁶ – le prévisible laisse au cocontractant le soin de tirer les conséquences logiques d'une formulation qui ne désigne pas en tant que telle le dommage mais en laisse percevoir le risque. Ainsi d'une clause générale qui indiquerait au contractant l'importance toute particulière d'une exécution ponctuelle de son obligation au regard des conséquences qu'aurait une défaillance de sa part sur la situation du créancier, y compris en tenant compte de paramètres extérieurs à la relation contractuelle³²⁷. Nonobstant la théorie classique de la cause, il n'y aurait là finalement qu'un moyen somme toute classique de réintégrer conventionnellement les motifs constituant la cause du contrat dans le périmètre de l'exécution contractuelle (et non de la formation). En sens inverse, et nonobstant les restrictions posées par l'article 1170 du Code civil tenant à la contradiction avec une obligation si importante qu'elle relève de l'essence même du contrat, la présence d'une clause

³²⁵ *Idem, ibid.*

³²⁶ Ainsi d'une clause de déclaration de valeur dans un contrat de transport, qui indique clairement au transporteur non seulement le dommage que constituerait la perte de l'objet, mais encore le *quantum* de la réparation qui s'établira au plafond de la somme stipulée.

³²⁷ Sur cette hypothèse : O. BUSTIN, préc., n°9.

exonératoire ou limitative de responsabilité régulièrement acceptée par le cocontractant ne saurait être systématiquement écartée au visa de l'article 1231-3, la jurisprudence en admettant la licéité de principe³²⁸. Ce n'est point tant alors le *prévu* qui prend le pas sur le *prévisible*, mais ce-dernier qui est appliqué avec une logique rigoureuse : en présence d'une telle clause acceptée par le créancier de l'obligation défaillee, les conséquences dommageables de l'inexécution étaient, pour les parties, parfaitement prévisibles

76. La recherche du prévisible dans la nature même du contrat conclu – L'hypothèse d'un accroissement du contrat se vérifie dès lors que l'appréciation de ce qui était ou non prévisible s'effectue objectivement par rapport à ce qui est la suite naturelle du contrat conclu, au-delà même des diverses stipulation par lesquelles les parties ont « personnalisé » tel ou tel type contractuel. *Par lui-même, en effet, le contrat rend prévisibles certains dommages.* Ainsi du contrat de transport de marchandises conclu avec un transporteur spécialiste du transport rapide : recourir à un tel prestataire implique nécessairement que la défaillance de celui-ci entraînera un dommage résultant du retard pris dans l'acheminement. Il est alors non seulement impossible pour lui de se retrancher derrière l'absence d'indication par le client en ce sens, mais encore d'opposer à celui-ci une clause limitative ou exonératoire de responsabilité qui reviendrait à vider le contrat de sa substance³²⁹. La fameuse décision de la Cour de cassation du 22 octobre 1996 relevait ainsi, pour évincer la clause limitative de responsabilité opposée à son client par la société Chronopost que « spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis à la société Banchereau dans un délai déterminé [...] »³³⁰, ce qui

³²⁸ Civ. 1, 19 janvier 1982 : D.1982.457, note C. LARROUMET ; JCP 1984.II.20215, note F. CHABAS ; RTDCiv.1983.144, obs. G. DURRY (validité de principe de ces clauses dans les contrats d'adhésion) ; Com. 23 novembre 1999, Bull. civ. IV, n°210 ; JCP 2000.II.10326, note J-P CHAZAL ; CCC 2000, n°40, note L. LEVENEUR ; *ibid.*, n°69, note RAYMOND ; *Defrénois* 2000.245, obs. D. MAZEAUD (validité de principe dans les contrats unissant deux professionnels). En revanche, de telles clauses seront écartées, notamment en matière délictuelle (Civ.2, 28 novembre 1963 : JCP 1964.II.13710, note M. DE JUGLART ; RTDCiv.1964.756, obs. R. RODIERE) ou dans les contrats de consommation eu égard à la réglementation relative aux clauses abusives.

³²⁹ Article 1170 du Code civil. V. sur ce point la célèbre saga jurisprudentielle *Chronopost*, not. : Com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV, n° 261 : G.A.J.C, n° 157 ; D.1997.121, note A. SERIAUX ; *ibid.* p. 175, obs. Ph. DELEBECQUE ; JCP 1997. II. 22881, note D. COHEN ; *ibid.* I. 4025, n° 17, obs. G. VINEY ; *ibid.* I. 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Gaz. Palinéa*1997. 2. 519, note R. MARTIN ; *Defrénois* 1997. 333, obs. D. MAZEAUD ; CCC 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; RTDCiv.1997. 418, obs. J. MESTRE ; Com. 9 juill. 2002, Bull. civ. IV, n° 121 : D.2002.2329, obs. CHEVRIER ; *idem*, p.2836, obs. Ph. DELEBECQUE ; D.2003.457, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2002.II.10176, note G. LOISEAU et M. BILLIAU ; *idem*, I. 184, n° 14 s., obs. J. ROCHFELD ; CCC 2003, n° 2, note L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.*, nov. 2002, p. 103, obs. F. CHABAS ; Ch. mixte, 22 avr. 2005 : D.2006.717, obs. CHEVRIER ; RTDCiv.2006.322, obs. P. JOURDAIN. V. aussi : Com. 29 juin 2010, n°09-11841, Bull. IV, n°115 (arrêt *Faurecia*) : D.2010.1832, note D. MAZEAUD ; D.2011.35 obs. Ph. BRUN et O. GOUT ; *idem*, p. 472, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; RDT Civ.2010.555, obs. B. FAGES.

³³⁰ Com. 22 octobre 1996, préc.

constituait l'obligation essentielle³³¹ du contrat conclu entre les deux sociétés. Ecarter la réparation due en cas de défaillance du transporteur sur ce point revenait alors à priver l'obligation de cause car ainsi que le soulignait un commentateur à l'époque : « l'intérêt du contrat, c'est-à-dire la cause de son obligation, résidait dans cet engagement de ponctualité »³³². Même s'ils ont été pour la plupart rendus au visa de l'article 1131³³³ du code civil, les arrêts *Chronopost* ont eu le mérite de mettre en lumière la limite à laquelle se heurte la liberté contractuelle, limite que l'on retrouve d'ailleurs dans la prohibition des clauses abusives du droit de la consommation, notamment en matière de condition potestative : le débiteur d'une obligation contractuelle ne peut pas tout à la fois s'engager et ne pas s'engager. Il ne peut stipuler, à peine de paradoxe intolérable, une clause exonératoire ou limitative de responsabilité qui reviendrait à lui permettre de ne pas fournir à son cocontractant la prestation ou l'objet qui justifie³³⁴, explique et fonde le contrat conclu en raison de sa nature même³³⁵.

La conséquence logique de cette règle tenant finalement à la formation du contrat (la sanction du réputé non écrit) sur le plan de la réparation est révélée par les arrêts *Faurecia*³³⁶ : rendus eux au visa de l'ancien article 1150 du code civil, ils conduisent à écarter le *prévu* (soit la

³³¹ Sur cette notion V. entre autres : R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Paris, 1997, LGDJ, 2000 ; M-E ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNES, Economica, 2002 ; M-P BAUDIN-MAURIN, *Pour une approche empirique de la notion d'obligation essentielle du contrat*, RRJ 2002-4 ; D. HOUTCIEFF, « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit des contrats français », Communication au Colloque des trente ans de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Amiens, *L'internationalisation du Droit et de la Politique* (avril 2003) ; S. PIMONT, *L'économie du contrat*, préf. de J. BEAUCHARD, PUAM, 2004 ; N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles dans les contrats de droit privé*, préf. E. LOQUIN, L'Harmattan, 2006 ; M. BURGARD, « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », *LPA*, 22 septembre 2010 n°189, p. 7 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », in. *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur 1999, p. 616 ; « Au nom de la cause: feu la liberté contractuelle des maîtres du temps... », *Deffrénois*, 15 mars 1997, n°5, p. 333 ; « Saga Chronopost: les maîtres du temps perdent une manche... », *D.2006.2288* ; « La cause », in. *1804-2004, le code civil: un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 469 ; J. MESTRE, « L'économie du contrat », *RTDCiv.1996.901* ; X. THUNIS, « Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat », in. *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, Larcier, 2003, p. 521.

³³² D. MAZEAUD, « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps », *Deffrénois*, 15 mars 1997, n°5, p.333. V. aussi : A. SERIAUX, « L'affaire *Chronopost* : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D.1997.121* ; Ph. DELEBECQUE, « Effets de l'annulation d'une clause limitative de responsabilité », *D.2002.2836*.

³³³ V. désormais l'article 1128 du Code civil, qui remplace l'ancienne exigence de cause par celle d'un « contenu licite et certain ».

³³⁴ M. le professeur DELEBECQUE souligne ainsi que « définir le contenu fondamental du contrat, c'est rechercher parmi les différents éléments du contrat les éléments centraux, spécifiques, qui traduisent l'opération juridique et économique que les parties veulent réaliser » (Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, PUAM, 1981, n°164).

³³⁵ Pour Mme CARDOSO-ROULOT « le caractère essentiel de l'obligation renvoie ainsi à la structure interne du contrat, à sa réalité originaire, sa constitution, primitive et irréductible » (N. CARDOSO-ROULOT, *op. cit.*, n°9).

³³⁶ Com, 13 février 2007: Bull. IV, n°43 ; Com. 29 juin 2010, n°09-11.84, Bull. civ. IV, n°115 : *D.2010.1832*, obs. et note D. MAZEAUD; *D.2011.35*, obs. Ph. BRUN et O. GOUT; *idem*, p. 472, obs. S. AMRANI MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON; *RTDCiv.2010.555*, obs. B. FAGES. V. aussi, dans le même sens : Civ. 3, 23 mai 2013: *D.2013.2142*, note D. MAZEAUD.

clause limitative ou exonératoire de responsabilité) en vertu duquel normalement le mécanisme de la réparation ne devrait pas jouer, au profit d'une réparation du dommage *prévisible en raison de la nature du contrat*. Les stipulations contractuelles se trouvent donc écartées et le contenu du contrat accru par le rapatriement en son sein d'une réparation qui n'est finalement que l'exécution par équivalent de l'obligation faillie.

On peut s'interroger du reste sur l'opportunité d'une extension de cette jurisprudence aux affaires mettant en cause les sociétés de transport de personnes. En toute logique en effet, l'application du principe de primauté du *prévisible* sur le *prévu* qui s'évince de l'article 1231-3 devrait conduire à un revirement de la « jurisprudence SNCF » et à alourdir les condamnations prononcées à l'encontre de ces entreprises³³⁷. En l'état actuel des choses, faute de parvenir à démontrer par exemple que « la SNCF pouvait prévoir, lors de la conclusion du contrat, que le terme du voyage en train n'était pas la destination finale [des passagers] et que ces derniers avaient conclu des contrats de transport aérien »³³⁸ il n'est pas possible pour la juridiction d'octroyer une indemnité qui irait au-delà du seul remboursement du titre de transport. On peut alors légitimement s'interroger sur ce qui est attendu du créancier de l'obligation de ponctualité pour rendre prévisible la suite de son voyage par le transporteur : faudrait-il en informer le guichetier chargé de vendre les titres de transport ? A l'heure où 36 millions d'opérations sont effectuées par les bornes automatiques et où 55 millions de billets sont vendus par le site *voyages-sncf.com*³³⁹ une telle hypothèse ne semble guère opportune. D'autant que la logique du contrat d'adhésion qui prévaut dans ce domaine rend difficile une « personnalisation » de la prestation. Sauf cas particulier³⁴⁰, il semble dès lors difficile pour le client de fournir à l'entreprise des informations sur le dommage qu'il risque de subir en cas de retard, et ce d'autant plus que celle-ci se garde bien de mettre à disposition de ses usagers un quelconque formulaire en ce sens³⁴¹, prenant ainsi elle-même ses dispositions pour se maintenir dans une ignorance confortable lui permettant d'invoquer le bénéfice de l'imprévisibilité et de s'abriter de ce fait derrière les dispositions de l'article 1231-3. Il est

³³⁷ Contra : T. GENICON, « Obligation de ponctualité de résultat pour la SNCF », *RDC* 2016.211, qui relève que « l'ajout de l'adverbe « strictement » vaut évidemment comme un avertissement de sévérité, afin de prévenir que la large ouverture de la responsabilité opérée en amont, est pondérée en aval par la modestie de la réparation allouée ».

³³⁸ Civ.1, 28 avril 2011, n°10-15056 (préc.).

³³⁹ Soit 36% des ventes en 2010 (source : « Voyages-sncf.com creuse l'écart avec les guichets SNCF », *Le Figaro*, 24/06/2011).

³⁴⁰ On peut penser à l'hypothèse d'une réservation hôtelière ou de transport passée en même temps que la commande des titres de transport via le site *www.voyages-sncf.com* : il est en effet possible de compléter le voyage réservé par diverses prestations auprès de prestataires partenaires de la SNCF, via le site. Il serait alors difficile pour le transporteur d'arguer de l'imprévisibilité du dommage dans ce cas... V. sur ces hypothèses : E. GARAUD, « Contracter c'est prévoir... quel sera le préjudice indemnisable ? », *RLDC* 2011, n°85, p. 7, spéc. p. 9.

³⁴¹ Cf. O. BUSTIN, préc., n°11 et s.

cependant difficile de soutenir l'imprévisibilité du risque de dommage causé par une défaillance dans l'obligation de ponctualité, alors même que le propre du contrat de transport est d'arriver à l'heure dite à destination, ce qu'a consacré la jurisprudence³⁴² qui y voit même une obligation de résultat depuis la décision déjà évoquée³⁴³ de la première chambre civile du 14 janvier 2016³⁴⁴. On se trouve alors face à un réel paradoxe puisqu'en l'absence de toute clause limitative de responsabilité, la SNCF se trouve protégée par le jeu de l'article 1231-3 alors même que l'application de la jurisprudence *Chronopost* serait certainement de nature à entraîner sa condamnation à réparation si une telle clause était stipulée. Une application logique de la prévisibilité devrait pourtant conduire à admettre une plus large responsabilité de l'entreprise, d'autant que tant l'application du principe de la réparation intégrale (enfermé dans les limites du prévisible, matière contractuelle oblige) que celui de l'obligation de ponctualité qui est désormais reconnue comme étant de résultat, inclinent à penser qu'il ne serait pas excessif d'accentuer la fonction prophylactique de la responsabilité en condamnant l'entreprise à des réparations éventuellement lourdes dès lors évidemment qu'elle ne démontre pas l'existence d'un cas de force majeure susceptible de l'exonérer.

77. Relativisation de l'autonomie de la volonté – Finalement il semble difficile d'affirmer que « toute la logique du système repose sur le concert initial des volontés »³⁴⁵. Du moins est-il à notre sens indispensable de nuancer cette analyse par une distinction claire des deux termes prévus par ce texte car le *prévu* et le *prévisible* apparaissent articulés de manière non pas complémentaire, mais de façon à tempérer la liberté contractuelle (*exprimée dans le prévu*) par la considération du prévisible, qui a un champ plus large (tout ce qui était prévu était par définition prévisible, alors que tout ce qui pouvait être prévu ne l'a pas été nécessairement). La règle de l'article 1231-3 du Code civil conduit donc en réalité à la négation d'une conception absolue de la puissance des volontés puisque le débiteur se trouvera parfois tenu de réparer au-delà du seul contenu prévisionnel du contrat – c'est-à-dire au-delà des seuls dommages qu'il avait pu accepter explicitement de prendre en charge au

³⁴² V. not. : Paris, 22 sept. 2010, n°08/14438 : « la SNCF a l'obligation contractuelle d'amener les voyageurs à destination selon l'horaire prévu tant pour les grandes lignes que pour les trains de banlieue ».

³⁴³ Cf. *supra* n°70.

³⁴⁴ Civ. 1, 14 janvier 2016, n°14-28227 : « l'obligation de ponctualité à laquelle s'engage un transporteur ferroviaire constitue une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère ne pouvant lui être imputée ; que la méconnaissance de cette obligation est réparée à concurrence du préjudice strictement prévisible lors de la conclusion du contrat et qui constitue une suite immédiate et directe du retard dans l'exécution de celui-ci ».

³⁴⁵ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1041.

stade de la formation du contrat – tous ceux *qu'il aurait dû prévoir*, quand bien même ne l'aurait-il pas fait.

Mais dans le même temps cette règle conduit à limiter le champ de la responsabilité. La recherche du prévisible pourrait conduire en effet à admettre en droit français³⁴⁶ l'obligation pour la victime de minimiser le dommage, ce que la jurisprudence refuse avec constance, tant en matière délictuelle³⁴⁷ que contractuelle³⁴⁸. En effet, que le dommage ait été prévu ou prévisible par le contractant défaillant, l'on pourrait soutenir que celui attende de son cocontractant, astreint à un comportement loyal tout au long de la vie du contrat (article 1104 du Code civil), qu'il évite l'aggravation de son préjudice en prenant les mesures raisonnables nécessaires pour ce faire. Un tel principe est admis notamment par l'article 77 de la *Convention de Vienne*, qui dispose que « la partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée »³⁴⁹, et plusieurs projets de réforme français prévoyaient son introduction³⁵⁰. Ce n'est pas cependant la voie qui fut retenue par l'ordonnance du 10 février 2016, et l'on peut le regretter tant il semble qu'il y ait là l'opportunité d'un rééquilibrage fondé sur une application réciproque du critère de prévisibilité.

78. Conclusion de la sous-section 1 relative au dépassement des prévisions – La recherche du prévisible conduit à un amoindrissement du rôle de la volonté. Ce sur quoi elle a entendu faire porter l'engagement pourra ainsi se trouver dépassé, ainsi qu'on le constate dans le mécanisme de l'article 1231-3 du Code civil qui conduit à réparer non seulement le dommage prévu, mais encore le dommage prévisible. Mais dans le même temps, ce dépassement induit tout de même une limite, ou à tout le moins un cadre : le prévisible devra être recherché dans des signes qui rendaient prévisibles cette extension. Dès lors que le dépassement des prévisions initiales est admis jusqu'à ce qui aurait dû être prévu, la logique voudrait alors que l'on pondère également ce qui était exigible en appliquant le même critère au comportement de la victime de la défaillance : le dommage est alors rendu prévisible pour le contractant

³⁴⁶ Qui apparaît relativement isolé sur ce point : V. not. : S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, n° 26 et s.

³⁴⁷ Civ. 2, 19 juin 2003, n°01-13289 et 00-22302, Bull. civ. II, n°203 : D.2003.2326, note J-P. CHAZAL ; D.2004.1346, obs. D. MAZEAUD ; RTDCiv.2003.716, obs. P. JOURDAIN.

³⁴⁸ V. par ex. : Civ. 3, 10 juillet 2013, n° 12-13.851 ; D.2013.2658, obs. M. BACACHE, A. GUEGAN-LECUYER et S. PORCHY-SIMON.

³⁴⁹ V. aussi : Article 9 : 305 P.D.E.C ; Article 7.4.8 UNIDROIT ; Article 3 : 705 D.C.F.R.

³⁵⁰ Article 1373 du *Projet CATALA* ; article 121 alinéa 2 du *Projet TERRE*.

défaillant par la considération des stipulations ou du type de contrat, mais aussi sans doute parce que lui-même peut attendre d'un cocontractant raisonnable et loyal en de telles circonstances. La consécration en droit français de l'obligation de minimiser le dommage apparaîtrait donc comme un aboutissement logique du mouvement de dépassement des prévisions contractuelles aux fins d'indemnisation.

Sous-section 2 : L'évincement des prévisions

79. Introduction – L'article 1231-3 du Code civil offrait un exemple flagrant de l'effet qui peut être celui de la prévisibilité appliquée dans la logique des textes et plus généralement du droit des contrats : les prévisions des parties se trouvant alors souvent augmentées d'un contenu qui n'aura pas été nécessairement voulu, et la réparation due se trouvera évidemment accrue de ce fait. La régulation stricte des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, dans le rapport qu'elles entretiennent avec l'obligation essentielle du contrat, ouvre à une réflexion sur le deuxième effet de la prévisibilité : la mise à l'écart du *prévu* en considération du *prévisible*. La recherche de ce qui *pouvait être prévu* servira à opposer sa négligence à celui qui s'est mépris dans ses prévisions : *peu importe ce qui a été prévu, dès lors qu'il était possible de prévoir ce qui est réellement advenu*. Le recours à la notion de prévisibilité permet alors de transcender une présentation strictement chronologique ou formelle du phénomène contractuel, et l'on constate son rôle éminent comme instrument d'une véritable police des clauses (§1) et des comportements (§2) contractuels.

§1 : La police des clauses contractuelles

80. Le contrôle de la licéité des clauses limitatives de responsabilité – La portée de l'émergence jurisprudentielle de la notion d'obligation essentielle du contrat a été invoquée. Quoique souvent décriée par une part non négligeable de la doctrine³⁵¹, cette évolution vers une conception plus moderne du mécanisme contractuel doit à notre sens être saluée par l'œuvre de modernisation nécessaire de notre droit qu'elle a entreprise, quoique l'on puisse par ailleurs regretter légitimement un alignement sur les standards souvent moins rigoureux,

³⁵¹ V. entre autres : X. THUNIS, « Une notion fuyante : l'obligation essentielle du contrat », in. *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, Larcier, 2003, p. 521.

sur le plan théorique, du droit anglo-saxon³⁵², et la disparition de la notion de cause directement héritée de la philosophie classique, qu'elle portait en germe³⁵³.

Le caractère essentiel d'une obligation peut s'évincer de considérations objectives comme subjectives : dans le premier cas il résultera de la nature même du contrat³⁵⁴, dans le second un élément qui ne serait pas nécessairement essentiel au contrat en raison de sa nature pourra l'être devenu par la volonté des parties³⁵⁵. La considération de ce qui est de l'essence du contrat fait alors obstacle à la stipulation de clauses qui viendraient en contradiction avec ce contenu. La raison première réside évidemment dans une application, certes modernisée, mais classique en ses implications, de la théorie de la causalité. Mais elle peut – et doit également³⁵⁶ – être recherchée dans la protection de ce qui était prévisible pour le créancier au vu de ce qui constituait le cœur même de son engagement. Il est cependant possible de

³⁵² Le concept d'obligation essentielle nous vient en effet d'outre-Manche. Mme le professeur SEFTON-GREEN fait naître le concept avec l'apparition de la *deviation* dans les litiges relatifs aux polices d'assurance en droit maritime anglais (R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : comparaisons franco-anglaise*, Paris, 1997, LGDJ, 2000, spéc. n°38 et s.). On le retrouve dans la théorie du *Fundamental Breach* qui englobe le *Fundamental Breach of the Contract* (inexécution fondamentale du contrat) et le *Breach of a Fundamental Term* (inexécution d'une obligation fondamentale) : sur cette nuance cf. Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, PUAM, 1981, n°146 et s. A noter cependant la propension du français à adopter des « modes » étrangères avec un temps de retard : il semble en effet que la théorie du *Fundamental Breach* n'ait plus guère de nos jours la portée qu'elle a pu avoir par le passé (Cf. L.S. SEALY, *The Rise and Decline of the Doctrine of Fundamental Breach in the English Law of Contract*, Cambridge-Tilbury Law Lectures, 1981, spéc. p. 70 : « [...] and the consequence of this is that the doctrine (of fundamental breach) is most unlikely to survive even a subject of study for scholars » («[...] et la conséquence en est que la doctrine (du *fundamental breach*) a peu de chance de perdurer même comme sujet d'étude pour les étudiants »). Cité par R. SEFTON-GREEN, *op. cit.*, n°1).

³⁵³ L'article 1128 3° issu de l'ordonnance du 10 février 2016 remplace ainsi les anciennes conditions de validité du contrat tenant à l'objet et à la cause par l'exigence d'« un contenu licite et certain ». V. sur ce point : T. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015.631.

³⁵⁴ Ainsi BARTOLE, au XIV^e siècle déjà, considérait que la restitution étant une « condition essentielle » du contrat de dépôt, celui-ci ne pouvait contenir une stipulation prévoyant la renonciation à l'action en restitution contre le dépositaire (Cité par D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, t. 1, PUAM, 2001, p. 347). POTHIER pour sa part distingue, à propos du contrat de vente, les choses qui sont de l'essence du contrat « sans lesquelles ce contrat ne peut subsister. Faute de l'une de ces choses, ou il n'y a point du tout de contrat, ou c'est une autre espèce de contrat. Par exemple, il est de l'essence du contrat de vente qu'il y ait une chose qui est vendue, et qu'il y ait un prix pour lequel elle soit vendue : c'est pourquoi, si je vous ai vendu une chose que nous ignorions avoir cessé d'exister, il n'y aura pas de contrat, ne pouvant y avoir de contrat de vente sans une chose qui ait été vendue ». L'on peut néanmoins reprocher à la notion d'obligation essentielle d'être trop dépendante d'un certain opportunisme judiciaire : sur le contrat de louage cf. Cass. civ. 28 mai 1945 (cité par Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in. *Mélanges RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 286) ; sur l'obligation essentielle de continuité pesant sur EDF dans la fourniture du courant électrique: Civ.1, 24 septembre 2002, n°99-13537, et *contra* : Com. 18 décembre 2007, Bull. civ. IV, n°265).

³⁵⁵ Le mécanisme est alors très proche de celui qui prévaut en matière d'erreur sur les qualités essentielles de la chose objet du contrat. Ainsi « les parties peuvent « essentialiser » une condition accessoire, considérer des éléments secondaires comme des éléments constitutifs de leur accord, et dans ce cas, le contrat n'est parfait que si l'accord est complet » (Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°140). M. le professeur JESTAZ considère ainsi que « la volonté des parties [...] pourrait bien hisser une obligation annexe au premier rang ex-aequo du contrat en en faisant l'accessoire indispensable de l'obligation fondamentale : car peu importe que par nature une obligation ait un caractère secondaire si en l'espèce le créancier lui attribue un rôle déterminant » (Ph. JESTAZ, *préc.*, p. 279).

³⁵⁶ C'est le sens de l'arrêt *Faurecia* (Com. 29 juin 2010, n° 09-11.841, *préc.*).

considérer que la présence de la stipulation dans le contrat interdirait de se prévaloir d'une imprévisibilité de l'exonération de responsabilité, puisqu'elle donnait un signe suffisant d'anticipation de l'absence de réparation en cas de défaillance du débiteur. Le recours à la prévisibilité apparaît alors comme un véritable instrument de police contractuelle en permettant la neutralisation de la clause par référence à un contenu contractuel imposé à l'encontre même de la volonté initiatrice du contrat : quoi qu'acceptée par le créancier au moment de la conclusion du contrat, celui-ci conserve la faculté de neutraliser cette stipulation *au nom de ce qu'il était légitimement en droit d'attendre comme suite du contrat à partir du contenu essentiel de celui-ci*. L'éventuelle volonté d'accepter la clause litigieuse s'efface alors devant la volonté de conclure tel contrat plutôt que tel autre qui procède nécessairement de la considération de l'essence de celui-ci³⁵⁷.

L'évolution de la théorie classique de la causalité vers la notion plus moderne d'économie du contrat³⁵⁸, induite par la consécration de la notion d'obligation essentielle, ouvre alors nécessairement à un dépassement du prévu par l'ensemble des suites prévisibles de l'opération qui serviront à éprouver et le cas échéant à neutraliser certaines des prévisions derrière lesquelles le débiteur défaillant pouvait avoir la tentation de se retrancher face au créancier victime de sa défaillance.

81. Neutralisation des clauses abusives et potestatives – Le même phénomène se retrouve évidemment dans l'interdiction des clauses empreintes de potestativité en droit commun³⁵⁹, et dans le mécanisme des clauses abusives en droit de la consommation³⁶⁰. Il faut évidemment se garder de prétendre expliquer des mécanismes fondés au premier chef sur l'idée du maintien d'une nécessaire égalité entre les parties au contrat ou d'une protection de la partie faible, mais il est cependant possible d'y trouver assez souvent une référence plus ou moins

³⁵⁷ V. les rapports qu'entretient la notion d'obligation essentielle avec celle de prestation caractéristique du contrat (M-E ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNES, Economica, 2002 ; V. aussi N. CARDOSO-ROULOT, *Les obligations essentielles dans les contrats de droit privé*, préf. E. LOQUIN, L'Harmattan, 2006, pour qui cependant « la prestation caractéristique ne contient [...] qu'une partie de la définition de l'essence » (n°12). M. le professeur PIMONT a souligné le rôle de l'obligation essentielle dans l'entreprise de *qualification* et d'*interprétation* du contrat (in. *L'économie du contrat*, PUAM, 2004).

³⁵⁸ Cf. par ex. : Civ 1, 3 juillet 1996, Bull. civ. I, n°286 (arrêt *Point club video*); D.1997.700, note Ph. REIGNÉ ; *Defrénois* 1996, n°1015, obs. Ph. DELEBECQUE.

³⁵⁹ Article 1304-2 du Code civil : « est nulle toute obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur [...] ».

³⁶⁰ Le premier système de lutte contre de telles clauses est institué par la loi n°78-23 du 10 janvier 1978, complété ultérieurement par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 transposant une directive européenne. Sur la question des clauses abusives : J. JULIEN, *op. cit.*, p. 294 et s.

explicite à l'exigence de prévisibilité³⁶¹, qui de façon assez naturelle du reste est intimement liée à l'existence d'une certaine égalité entre les parties au contrat.

Si la définition générale de la clause abusive donnée par l'article L. 212-1 du code de la consommation³⁶² ne laisse pas apparaître une référence explicite à la prévisibilité dans la caractérisation de telles clauses, l'application faite de la notion par la jurisprudence la révèle indirectement. Ainsi dans la « liste noire » des clauses irréfragablement présumées abusives établie par l'article R. 212-1 du code de la consommation, la moitié sont interdites en raison de l'imprévisibilité qu'elles font peser sur la situation du consommateur³⁶³. Ainsi, par exemple, de la clause visant à « constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion », de celle réservant au professionnel « le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre », ou encore « de déterminer si la chose livrée ou les services fournis sont conformes ou non aux stipulations du contrat ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ». Il en va de même des clauses simplement *présumées abusives*, à charge pour le professionnel de rapporter la preuve contraire³⁶⁴. En opérant un renversement de la charge de la preuve au bénéfice du consommateur qui bénéficie de la présomption le législateur s'est, volontairement ou non, inscrit dans le mouvement général évoqué d'amoindrissement du principe de liberté contractuelle au bénéfice d'une faveur de plus en plus grande accordée à l'exigence de prévisibilité, rendue nécessaire ici par la disproportion des forces existant naturellement entre une partie censée être plus avertie (le professionnel) que l'autre (le non-professionnel ou le consommateur).

Le mouvement est en outre accentué par le pouvoir du juge de se prononcer sur le caractère abusif d'une clause au-delà des listes établies par voie réglementaire qui ne sont plus

³⁶¹ V. par ex. : Com. 22 février 1967, Bull. civ.III, n°87 : est purement potestative « l'obligation consistant à concéder la licence d'exploitation exclusive d brevets d'invention lorsque la convention ne fixe pas le prix de cette concession *et ne contient rien qui permette d'en déterminer l'importance, les bases de calcul et les modalités*, puisqu'il suffisait au débiteur, pour se soustraire à son engagement, de manifester des exigences excessives ».

³⁶² « Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

³⁶³ Il s'agit des clauses visées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 8° et 9° de cet article.

³⁶⁴ Cf. Article R. 212-2 1°, 4°, 5° et 6° du code de la consommation.

limitatives³⁶⁵, et là encore on relève parmi diverses circonstances à travers lesquelles le juge sera amené à considérer une clause comme abusives, celles tenant à la contradiction de la stipulation litigieuse avec l'exigence de prévisibilité contractuelle dont est en droit de bénéficier le consommateur³⁶⁶. L'effet est alors de neutraliser le contenu contractuel, pourtant librement accepté par le consommateur ou le non-professionnel, soit de faire prévaloir l'exigence de prévisibilité sur les stipulations contractuelles, en portant une atteinte délibérée au principe de force obligatoire des conventions.

§2 : La police des comportements contractuels

82. Introduction – Au-delà du mécanisme obligationnel lui-même, la relation interpersonnelle dans laquelle s'inscrit le mécanisme contractuel donne naissance à des prévisions qui ne seront pas nécessairement formalisées, ou qui débordent de la relation contractuelle *stricto sensu*. Il n'y a pas alors de prévisions contractuelles à proprement parler qui se trouveraient perturbées mais *une simple croyance ou confiance légitime*, sortes de prévisions à « basse intensité » juridique³⁶⁷ puisque non formalisées, mais qui peuvent néanmoins être porteuses d'un engagement en raison de l'apparence de volonté manifestée par le comportement du cocontractant. Le comportement ultérieur contradictoire avec ce qui avait été anticipé pourra donc en principe être sanctionné, dès lors évidemment qu'est vérifiée la légitimité de la croyance, appréciée par référence à un standard de normalité³⁶⁸ et strictement encadrée par la vérification de la bonne foi de celui qui l'invoque³⁶⁹. Dans le cas contraire, la prévision

³⁶⁵ Alors que le système initial ne conférait au juge qu'un pouvoir limité par l'existence des listes « noires » ou « grises » (cf. J. JULIEN, *op. cit.*, n°225 et s.), la Cour de cassation décida que le juge pouvait, en l'absence même de mention de la clause litigieuse dans ces listes, se prononcer sur son caractère significativement déséquilibré et l'écarter (Civ.1, 14 mai 1991, n°89-20999 : D.1991.449, note J. GHESTIN ; *RTDCiv.*1991.526, obs. J. MESTRE. Cette jurisprudence reçut l'approbation du législateur d'abord implicitement par la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995, puis à la suite d'un arrêt de la C.J.U.E (4 juin 2009, n°C-243/08, *Pannon GSM Zrt. C. Erzsébet Sustikné Györfi* : *JCP G* 2009.336, note G. PAISANT ; D.2009.2312, note G. POISSONNIER), de manière plus explicite en 2008 et 2014. Sur cette évolution : J. JULIEN, *op. cit.*, n°231 et s.

³⁶⁶ V. par ex. : TGI Grenoble, 7 septembre 2000 : D.2000.395, note V. AVENA-ROBERDET (qualifiant d'abusives la clause par laquelle un opérateur de téléphonie mobile pouvait s'exonérer de responsabilité en cas de défaillance de sa part en raison de circonstances *qui dépendaient de sa seule volonté*).

³⁶⁷ Un auteur a proposé d'y voir, sur le modèle du quasi-contrat, un quasi-engagement (C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, *Deffrénois*, 2007). V. aussi : A. DANIS-FATOME, *Apparence et contrat*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004.

³⁶⁸ V. par ex. : Article 2 : 102 P.D.E.C : « l'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, *tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre* » (nous soulignons).

³⁶⁹ V. S. OBELLIANE, *op. cit.*, n°152 et s. Le lien entre le caractère raisonnable de la croyance invoquée et la bonne foi de celui qui l'invoque est explicite à l'Article 1 : 302 des P.E.D.C : « doit être tenu pour raisonnable aux termes des présents Principes ce que des personnes *de bonne foi* placées dans la même situation que les

invoquée devrait être écartée en considération de ce qui pouvait être prévu au vu des circonstances. Plus encore que dans les hypothèses de rupture d'une relation contractuelle établie, le fondement de la responsabilité pour rupture des négociations est une question controversée et le traitement qui en est fait par la jurisprudence se révèle particulièrement éclairant. Les oppositions doctrinales peuvent être ramenées à deux postures théoriques fondamentales : certains auteurs, considèrent que l'exercice du droit de rompre les pourparlers n'est possible qu'en présence d'un *motif légitime* en l'absence duquel il y aurait un abus source de responsabilité, tandis qu'une partie importante de la doctrine, refuse une telle sujétion, la rupture en elle-même ne pouvant jamais être fautive³⁷⁰. La jurisprudence quant à elle vérifie souvent l'existence d'un *motif légitime de rupture*, afin de se prononcer sur son caractère fautif ou non. Le rôle (A) autant que le contenu (B) de cette exigence manifeste de façon éclairante l'importance de la prévisibilité dans la modération de la liberté contractuelle qui prévaut encore à ce stade.

A) L'exigence d'un motif légitime de rupture.

83. *L'exercice légitime de la liberté de rompre* – La question de la rupture des négociations met aux prises deux légitimités tant il est nécessaire de considérer la question du point de vue de l'auteur de la rupture autant que de la victime, à travers la confrontation de leurs droits respectifs : légitimité de l'exercice de la liberté de rompre pour l'un, légitimité de la confiance invoquée pour l'autre. Il résulte des observations précédentes³⁷¹ que ce n'est pas tant l'incohérence du comportement qui est fautive, que l'impact qu'elle peut avoir sur la croyance de l'autre dans les chances de succès des négociations. *Toute rupture, même révélatrice d'une incohérence de comportement, ne sera donc fautive qu'autant qu'il en sera démontré le caractère imprévisible*³⁷². Les exemples jurisprudentiels sont nombreux. Dans un arrêt remarqué, la première chambre civile³⁷³ a ainsi approuvé les juges du fond qui, ayant constaté

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 ».

³⁷⁰ Pour une analyse en profondeur des arguments en présence : V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°770 et s.

³⁷¹ Cf. *supra* n°31 et 61.

³⁷² M. le Professeur DESHAYES remarquait ainsi que « [...] l'habitude consistant à tenir pour synonymes les expressions rupture « fautive » et rupture « brutale » est mauvaise : une rupture est toujours brutale pour celui qui ne la désire pas (au demeurant, le mot « rupture » évoque en lui-même une interruption brutale) ; pour autant toute rupture n'est pas fautive. Celles qui interviennent alors que le négociateur est libre de ne pas conclure ne le sont notamment pas » (O. DESHAYES, « La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs? », *RDC* 2013.545).

³⁷³ Civ.1, 20 décembre 2012, n°11-27340 (nous soulignons) : *RDC* 2013.545, note O. DESHAYES.

le caractère très peu avancé des pourparlers, ont pu « [...] *sans avoir à en rechercher les motifs*, décider que la rupture des pourparlers, *pour subite ou déceptive* qu'elle ait pu être, n'était pas abusive de la part de la SEL qui n'avait fait qu'user de la liberté qu'elle avait, *à ce stade des négociations*, de ne pas contracter ». Il y avait certes ici une incohérence avec le comportement antérieur, relevée par la Cour, pour autant l'exercice par le partenaire de sa liberté de rompre n'avait pas à être justifié, en raison du caractère peu avancé du projet, qui empêchait le demandeur d'invoquer utilement une confiance légitime trompée par l'imprévisibilité du revirement de volonté de l'autre : la précarité objective de la situation ne permettait pas au partenaire d'invoquer une imprévisibilité, alors même qu'il était raisonnablement en mesure de prendre en compte ce risque. Ainsi que le soulignait un commentateur « [...] ce n'est que parce que le négociateur est libre de ne pas conclure le contrat "à ce stade des négociations" que les motifs de la rupture n'ont pas à être recherchés par les juges du fond. Le sous-entendu est capital. Il y aurait des stades de négociations à partir desquels les parties ne seraient plus libres de rompre : elles ne le pourraient qu'en justifiant d'un motif légitime, que les tribunaux auraient alors à contrôler »³⁷⁴. C'est précisément lorsque la confiance prétendument atteinte pourra se targuer d'être légitime qu'interviendra cette exigence : dans le cas contraire, la rupture pourra intervenir de manière discrétionnaire, sans avoir à être justifiée³⁷⁵.

84. Nécessité d'une croyance légitime dans le succès de la négociation – Un arrêt mérite d'être cité, en raison de son caractère extrêmement significatif. Dans cette espèce³⁷⁶, les demandeurs reprochaient à la cour d'appel de n'avoir pas accueilli leurs prétentions tendant à faire reconnaître le caractère fautif de la rupture de pourparlers engagés par une société souhaitant entrer dans leur capital, alors même que des échanges de documents avaient eu lieu, ainsi que plusieurs réunions, la décision de rompre les pourparlers constituant dès lors selon eux « un changement brutal de stratégie totalement imprévisible... ». Or la Cour de cassation relève que les juges du fond avaient caractérisé l'état relativement peu avancé des pourparlers, qui empêchait ainsi les demandeurs de « prétendre que les négociations étaient

³⁷⁴ *Idem, ibid.*

³⁷⁵ M. le Professeur DESHAYES relève ainsi que « l'arrêt donne [...] tort à la thèse selon laquelle il n'y aurait pas véritablement de liberté de rompre les négociations mais tout au plus un droit, dont l'abus serait précisément sanctionné au terme d'un contrôle des motifs » (*idem, ibid.*). V. aussi : Com. 19 octobre 2010, n°09-65382 ; Civ. 3, 18 décembre 2012, n°10-30764 : le moyen reprochait une rupture sans motif légitime, mais la Cour le rejette en considérant que c'est au demandeur de rapporter préalablement la preuve que la rupture était abusive, ce qui revenait à démontrer l'existence d'une croyance légitime fondée sur le caractère avancé des pourparlers, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Dès lors la rupture était possible sans que son auteur ait à se justifier.

³⁷⁶ Com. 12 janvier 1999, n° 96-14604 (inédit).

sur le point d'aboutir et que leur rupture brutale a été fautive alors qu'elle est intervenue à *un moment où les parties en étaient encore à évaluer les risques et les chances du contrat envisagé* [...] et qu'elles étaient donc libres de tout remettre en cause sans avoir à fournir de justification légitime ». De manière très claire, la haute juridiction affirme ici que la croyance invoquée par le partenaire ne saurait être légitime lorsque les négociations sont encore à un stade marqué par une équivalence des risques et des chances de conclusion du contrat : en anticipant de manière imprudente sur leur éventuel succès, les demandeurs « avaient, ce faisant, délibérément *pris un risque qu'ils devaient assumer* en "pariant" sur la réussite des négociations engagées ».

La croyance légitime se fonde sur la prise en compte de l'état présent d'une situation comme signe raisonnable d'un état futur quelconque : elle repose donc sur la maîtrise des risques affectant une situation, appréciés « à l'aune de la normalité. Le fait imprévisible [étant] considéré comme celui qu'il était raisonnablement impossible de prévoir dans les circonstances précédant sa réalisation »³⁷⁷. Dès lors il ne semble pas possible d'invoquer une croyance légitime dans une situation qui apparaîtrait comme *raisonnablement imprévisible*. De deux choses l'une : ou bien le partenaire victime de la rupture avait conscience du risque réel pesant encore sur les négociations, et il ne peut dans ce cas tenter de rejeter sur l'autre, qui n'a fait qu'user légitimement de sa liberté, les conséquences du risque qu'il a de ce fait accepté en « pariant ». Ou bien sa croyance se trouvait fondée sur une appréciation erronée du risque, en se méprenant par exemple sur le comportement de son partenaire³⁷⁸, et dans ce cas la croyance, réelle cette fois, ne pourra être utilement invoquée en raison de l'appréciation du caractère légitime *par rapport à ce qu'en aurait perçu un homme raisonnable*. Dans les deux cas, en l'absence d'une croyance légitime de son interlocuteur, le négociateur souhaitant rompre la relation précontractuelle le peut sans avoir à se justifier. A l'inverse, il devra arguer d'un motif légitime, lorsqu'une croyance légitime est invoquée, pour démontrer au contraire de ce qui lui est reproché, que la rupture était bien prévisible.

³⁷⁷ J. HEINICH, *op. cit.*, n°9.

³⁷⁸ Com. 5 mai 2009, n°08-10474. Alors que le demandeur reprochait à ses partenaires une attitude particulièrement incitative rendant certaine de son point de vue la conclusion du contrat, la haute juridiction approuve les juges du fond qui avaient relevé que ces sociétés « loin d'entretenir la société [...] dans l'illusion d'une convergence de vue propre à rendre certaine la conclusion de l'accord, ont au contraire conduit les discussion avec prudence », et qu'elles « ne se sont pas avancées au point de rendre légitime [...] la conviction que le principe de l'accord était acquis ». Il n'y avait là qu'une mauvaise appréciation du signifiant, le comportement du partenaire étant pour sa part conforme à la volonté signifiée. Si la croyance du demandeur se trouvait bien déjouée, elle ne l'était pas pour autant du fait de la réalisation imprévisible d'un aléa personnel de la part des sociétés partenaires.

85. Une relativisation de la portée du motif légitime de rupture – Contrairement à ce qui est souvent affirmé, avec plus ou moins de nuances, *la rupture des pourparlers n'est donc pas soumise à l'existence d'un motif légitime, qui interviendrait comme une justification positive de l'usage non abusif du droit de rompre*. Celui-ci n'est donc pas un élément parmi d'autres du cadre comportemental fixé par la bonne foi précontractuelle et ne saurait donc être considéré comme un devoir incombant au négociateur de bonne foi. L'auteur de la rupture n'a pas en effet à se justifier *a priori* de son acte – ce qui serait le cas si le motif légitime participait de la norme de comportement fixée par la bonne foi – mais il pourra se défendre d'avoir eu un comportement fautif en arguant d'un motif légitime : *l'invocation d'un motif légitime de rupture apparaît dans ces conditions comme la nécessaire négation de l'imprévisibilité de la rupture...*

B) Le contenu du motif légitime de rupture

86. Motifs légitimes et motifs illégitimes dans la jurisprudence – Si la faute réside dans l'imprévisibilité du comportement incohérent, il convient alors de chercher une juste cause d'exonération dans la démonstration du caractère au contraire cohérent et donc prévisible de celui-ci. Ont ainsi été considérés comme motifs illégitimes de rupture : « des considérations internes au groupe ne mettant aucunement en cause la qualité du produit »³⁷⁹, un « excès de prudence » « sans pour autant démontrer des manquements professionnels »³⁸⁰ du partenaire, un refus sec d'apporter « des modifications aux [...] propositions élaborées par la société »³⁸¹, ou encore une « réorganisation interne »³⁸². A l'inverse, ont pu être considérés comme motifs légitimes, excluant donc le caractère déloyal de la rupture, parfois brutale : l'absence d'accord sur les « exigences juridiques et financières auxquelles [la société] subordonnait son apport »³⁸³, des « désaccords subsistants sur des éléments essentiels de la négociation »³⁸⁴, une « absence d'accord entre les parties »³⁸⁵, ou encore « un motif [qui] se rapportait directement à l'un des éléments essentiels du contrat projeté »³⁸⁶.

Il résulte de ces quelques exemples que *la légitimité ou l'illégitimité de la rupture semble reposer sur le caractère objectif ou subjectif du motif invoqué*. Lorsque le motif est subjectif,

³⁷⁹ Com. 7 avril 1998, n°95-20361 (inédit).

³⁸⁰ Com. 11 juillet 2000, n°97-18275 (inédit).

³⁸¹ Com. 7 janvier 1997, n°94-21561 (inédit).

³⁸² Paris, 10 mars 2000 : *JCP E* 2001, n°10, p.422, note F. VIOLET.

³⁸³ Com. 17 janvier 2012, n°10-28509 (inédit).

³⁸⁴ Com. 19 octobre 2010, n°09-65382 (inédit).

³⁸⁵ Civ. 1, 20 mars 2014 (n°12-28318).

³⁸⁶ Com. 21 février 2012 (11-10124).

il est hors de portée du partenaire et rend impossible pour celui-ci toute anticipation de la rupture à venir, et partant des moyens à mettre en œuvre soit pour « sauver » les négociations, soit pour se prémunir des conséquences de leur cessation. *Le comportement semble toujours conforter la confiance de la victime alors même que la volonté du partenaire est en train de changer sans que cela donne lieu à un signe externe susceptible d'être pris en compte.* A l'inverse, lorsque le motif est objectif, *l'autre partie a la faculté de s'en saisir et d'en tirer toutes conséquences utiles.* Dans ce cas elle ne pourra invoquer le caractère imprévisible de la rupture puisque son préjudice résultera non pas d'une rupture de prévisibilité, mais d'une mauvaise appréciation par elle de la situation. Un arrêt de la chambre commerciale rendu en 2009 révèle de façon éloquente le lien essentiel qu'entretient le motif légitime avec la notion de prévisibilité. Après avoir rappelé les circonstances dans lesquelles était intervenue la rupture, la Cour approuve les juges du fond d'en avoir déduit « [...] que la société Montaigne 1BV et le " groupe " Dray ne peuvent sérieusement soutenir avoir découvert " avec la plus grande surprise ", le jour de l'assemblée générale de la société Mongoual, que la société Montaigne Jean Goujon avait pris la décision de voter contre le projet de fusion et qu'aucun manquement à leur obligation de bonne foi ne pouvait être utilement reproché aux sociétés Axa et Ugipar à raison de la cession à la société Ufipar de l'intégralité de leurs participations dans la société Montaigne Jean Goujon et de l'abandon des pourparlers en cours ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, dont il résulte que la rupture des pourparlers, *certes à un stade avancé, était fondée sur un motif légitime* et qu'elle n'a pas été fautive, la cour d'appel a justifié sa décision »³⁸⁷. Ainsi, même lorsqu'ils sont très avancés, la rupture de pourparlers ne saurait être qualifiée d'illégitime lorsqu'elle se fonde sur une raison objective, pouvant être prise en compte par l'autre partie.

87. Conclusion de la sous-section 2 relative à l'évincement des prévisions – La prévisibilité contractuelle apparaît comme le critère central de la police du contrat assurée par le juge. Elle justifie que certaines anticipations soient écartées dès lors qu'elles constituent un risque imprévisible pour l'un ou l'autre des contractants. Ces prévisions peuvent évidemment consister en une stipulation formelle (clause du contrat), comme le donne à voir la législation relative aux clauses abusives ou potestatives, mais il pourra s'agir également de simples anticipations d'ordre psychologique comme c'est le cas lorsque le juge sera amené à sanctionner l'abus dans la rupture d'une relation contractuelle ou précontractuelle. La

³⁸⁷ Com. 15 septembre 2009 (n°08-11627). Nous soulignons.

démonstration de l'existence d'un motif légitime de rupture n'est ainsi rien d'autre que *l'invocation du caractère prévisible de l'exercice du droit de rompre à l'encontre de la partie qui tente de faire reconnaître son caractère abusif.*

88. Conclusion de la section 2 relative à l'effet donné aux événements prévisibles – La prévisibilité contractuelle apparaît comme un instrument performant de politique contractuelle : sa polyvalence lui permet de jouer à tous les stades de la vie du contrat et d'unifier conceptuellement un grand nombre de mécanismes ; sa souplesse en fait en outre une notion, certes orientée vers la *protection* des contractants, mais aussi vers leur *responsabilisation*. Elle leur permet de solliciter la protection du droit lorsque, surprises dans leurs prévisions par la survenance d'un risque qu'elles n'étaient pas en mesure de prévoir, les parties voient leurs intérêts légitimes menacés injustement, mais aussi et surtout *elle les incite à porter une attention particulière à leur entreprise contractuelle afin de ne pas se laisser surprendre par des risques qui sont à la portée de leurs anticipations*. La caractérisation d'une telle prévisibilité ouvre alors à une sanction radicale : les prévisions seront évincées au profit du jeu parfois brutal de la réalité. La responsabilité, corollaire nécessaire de la liberté, est à ce prix.

89. Conclusion du chapitre 1 relatif aux manifestations curatives présentes – Cette première rencontre avec la notion de prévisibilité telle qu'elle apparaît dans le droit positif permet d'ores et déjà de conclure à sa grande diversité conceptuelle, laquelle induit évidemment une polyvalence technique remarquable. La notion apparaît en effet comme un instrument de protection des prévisions des contractants contre les événements imprévisibles, que comme un biais efficace par lequel le juge assure la police du contrat, parfois contre la volonté expresse des parties. La prévisibilité – ou l'imprévisibilité – a cependant une nature identique dans chacune de ces hypothèses : *il s'agit d'une qualité qui vient conditionner la sanction juridique à l'objet qu'elle qualifie*. Ce faisant, la notion de prévisibilité apparaît comme ayant une première utilité : celle d'être le support de mécanismes à vocation *curative*, destinés à réguler *a posteriori* la confrontation des prévisions contractuelles avec le risque inhérent au contrat. Dans cette perspective, elle constitue un critère efficace de discrimination entre les divers événements susceptibles de venir perturber les prévisions des parties tout au long du processus contractuel. Elle a un double effet : d'une part elle est *un instrument efficace de protection des prévisions* qui se seraient constituées légitimement, sans qu'il en aille d'une quelconque faute de celui qui s'en prévaut, en donnant au juge un critère efficient pour

apprécier l'opportunité de protéger le contractant qui se serait mépris, en faisant prévaloir à son bénéfice le prévu contre la réalité révélée ; d'autre part elle est *une notion particulièrement souple*, permettant de mener une appréciation fondée tant sur une prise en compte objective que subjective de l'événement et de l'appréciation qui en avait – ou pas – été faite par les parties alors qu'il était encore à l'état de simple éventualité. En outre, il apparaît au terme de cette étude que le recours à la notion de prévisibilité permet une approche dynamique du rapport du contrat au risque. Les prévisions dont elle induit la considération dépassent en effet les seules anticipations formées lors de la conclusion du contrat : il s'agira en effet de considérer également les anticipations pouvant naître en amont de celle-ci, mais aussi tout au long de l'exécution...

Cette première approche des manifestations de la notion de la prévisibilité dans le droit positif, ouvre en outre à un questionnement sur un aspect induit : l'efficacité des mécanismes curatifs décrits, qui font appels à une recherche du prévisible et de l'imprévisible, se trouve en effet conditionnée *par l'existence d'un cadre normatif qui permette aux parties de former des anticipations justes*. Cette deuxième manifestation de la notion semble néanmoins plus discrète : la prévisibilité y apparaît comme une réalité sous-jacente d'un certain nombre de mécanismes. Elle avance masquée, mais de manière pourtant bien réelle...

Chapitre 2 :

Des manifestations préventives

sous-jacentes

90. Fonction préventive de la prévisibilité – Le droit des contrats ne fait pas que sanctionner l'imprévisibilité : il contribue à mettre en place les conditions nécessaires pour n'avoir pas à le faire. En effet, la prévisibilité est nécessaire au contrat³⁸⁸, et ce constat oriente la recherche vers le deuxième sens du terme : la sanction de la prévisibilité comme qualité d'un acte ou d'un événement – c'est-à-dire l'intelligibilité des causes d'évolution d'une situation ou de survenance d'un événement – cède alors la place à *une exigence destinées à permettre l'entreprise de prévision nécessaire à l'existence du contrat*. Il s'agit alors de prévenir la survenance d'un risque imprévisible en mettant en place en amont les conditions de sa prévisibilité.

Deux raisons fondamentales nous semblent militer dans le sens de l'existence d'une telle exigence – dont il reste à identifier les diverses manifestations – dans notre droit des contrats. En premier lieu il en va de l'existence même du contrat en tant que mécanisme d'échanges économiques qui n'aurait aucune efficacité sans la possibilité pour les parties de prévoir un certain nombre d'éléments essentiels à sa constitution. Selon la distinction précédemment évoquée³⁸⁹ : pas de *prévision-anticipation* utiles sans *prévisions conjectures* justes. En second lieu le maintien d'un équilibre viable entre la protection des parties et leur responsabilisation dans l'aménagement de leurs intérêts par rapport au risque implique que le cadre normatif dans lequel s'inscrit leur entreprise contractuelle offre les moyens nécessaires à cette anticipation du risque : pour pouvoir sanctionner la déficience encore faut-il avoir donné au contraire les moyens d'être efficient.

³⁸⁸ Cf. *supra* n° 12.

³⁸⁹ Cf. *supra* n° 3.

91. Manifestations de l'exigence de prévisibilité dans le droit positif – La prévision étant bornée par les limites que lui fixent les éléments actuels par lesquels les choses encore inexistantes, seulement possibles, se donnent à saisir dès à présent. Poser l'hypothèse d'une mise en œuvre préventive de la prévisibilité exige alors que soit menée une action tendant à *accroître ce champ des connaissances*. Il s'agit d'élargir l'emprise de l'intelligence en lui ouvrant le plus de voies possibles d'anticipation, et un certain nombre de mécanismes du droit des contrats tendent indéniablement, malgré leur caractère épars, à remplir cette fonction : leur point commun est de faire en sorte que les parties au contrat *disposent d'éléments actuels suffisants pour leur permettre d'envisager, dans leurs prévisions, les éventualités* dont la réalisation pourrait leur être, sinon, préjudiciable.

92. Une présence sous-jacente de la prévisibilité dans sa fonction préventive – Considérée sous cet angle, la notion de prévisibilité apparaît de façon très différente de celle précédemment évoquée. En effet, si elle s'avère présente au sein d'un certain nombre de mécanismes, c'est de façon sous-jacente, et non de façon directe et explicite comme ce pouvait être le cas dans les hypothèses précédemment évoquées. En outre, les divers mécanismes dédiés à la mise en place d'une prévisibilité contractuelle demeurent encore trop disparates : ils manquent d'un fondement unitaire, d'un régime uniforme, et se recommandent encore trop de principes parfois contradictoires. Pourtant, leur étude révèle une constante : tous ont pour effet d'accroître le champ du prévisible, et la plupart peuvent être regroupés en systèmes cohérents quoiqu'indépendants les uns des autres : il en va ainsi des diverses obligations d'information, de conseil ou de mise en garde, qui constituent un véritable système dédié à l'anticipation du risque contractuel (surtout depuis qu'a été consacrée une obligation générale d'information, émancipé du devoir de bonne foi: article 1112-1 du Code civil). Or les systèmes ainsi identifiés entretiennent des interactions plus ou moins évidentes avec d'autres ensembles de mécanismes qui ont eux-aussi un effet sur la prévisibilité : théorie des vices du consentement, force obligatoire du contrat...

Il restera donc, une fois identifiées ces manifestations diverses de normes dédiées à la mise en place d'une prévisibilité contractuelle, à proposer un système d'ensemble permettant de les articuler de manière cohérente.

93. Annonce du plan – L'accord de volontés vise, a-t-on dit, à organiser l'avenir (prévision anticipation), à le contraindre dans un certain sens, ce en quoi le contrat apparaît comme cet

instrument de « domination »³⁹⁰ ou d' « appropriation du futur »³⁹¹. Cette contrainte exercée par la volonté humaine sur le temps a pour effet de le rendre sinon certain, du moins prévisible. Néanmoins, pour que cette puissance puisse s'exercer utilement, encore faut-il qu'en amont de la prévision organisation, les conjectures qui la précèdent soient assises sur un certain nombre d'éléments permettant d'anticiper les risques. La connaissance de l'avenir (**section 1**) précède donc son organisation par le contrat (**section 2**).

Section 1 : La connaissance de l'avenir

94. Introduction – « L'information est doublement liée au pouvoir : le pouvoir donne l'information, l'information donne le pouvoir »³⁹². Dans le mécanisme contractuel comme ailleurs, la connaissance est le moteur de l'action : *savoir, et en particulier prévoir, c'est être en mesure d'exercer sa puissance sur l'avenir*³⁹³. Pour donner naissance au contrat, les volontés respectives de chaque partie – le consentement – doivent se rencontrer sur un objet commun : *cum sentire*, c'est-à-dire vouloir ensemble, adhérer ensemble à un certain contenu : « contracter c'est d'abord vouloir »³⁹⁴, et plus précisément vouloir *quelque chose*. Ce faisant, elles escomptent que ce que le contrat leur apportera sera conforme à ce qu'elles avaient anticipé *en considération d'une certaine réalité*, en fonction de laquelle est donné le consentement ; il importe donc que les contractants aient de cette réalité *une représentation intellectuelle* qui soit la plus juste possible car le consentement, pour être juridiquement valable, doit procéder d'une connaissance *vraie* de l'objet du contrat. Or le succès de cette entreprise dépend en grande partie de la qualité des informations à partir desquelles il sera

³⁹⁰ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, L. TENIN, Paris, 2^{ème} éd., 1916, p. 201.

³⁹¹ J-M TRIGEAUD, préc.

³⁹² Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°776, p. 421.

³⁹³ Cf. P. HEBRAUD, préc., p. 27. La volonté a une « compétence créatrice » (A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, LGDJ, Bibliothèque de Droit privé, t. 19, 1961, p. 6) : elle est le moteur de l'acte juridique (J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1939). Un auteur a pu dire de la volonté qu'elle était « la condensation en une impulsion d'un sens précis et d'une orientation déterminée, *des forces influençant l'esprit*, et par la puissance de laquelle celui-ci passe de la phase statique à la phase dynamique » (P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause: étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Paris, 1918). En effet, la volonté n'est pas une puissance d'agir à partir de rien, mais une puissance de diriger les forces naturelles du sujet vers l'action mue par une autre faculté de l'esprit, qui a sa force d'attraction propre : *le désir*. Tout acte de volition est déterminé par un but et la volonté est donc finalement la capacité de transformer en acte, l'attraction naturelle née du désir, ce qu'ARISTOTE nomme la « faculté désirante » (*in. De l'âme*). Ainsi Saint Thomas d'AQUIN définit-il la volonté comme un *appétit rationnel* : « le volontaire, nous dit-il, [...] consiste à *connaître une fin* et à *s'y porter* par un principe intérieur » (F. LEBRETHON, *Petite Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin*, t. 2, Paris, 1861, p. 47). Or quel que soit l'objet du désir, sa connaissance *actuelle* ou son *anticipation* sont la cause première de l'impulsion psychologique moteur de l'acte.

³⁹⁴ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 112.

possible aux parties de connaître l'objet réel de leur accord, de prévoir les risques susceptibles de l'affecter, et donc finalement d'apprécier *l'utilité de l'opération* au vu d'un certain équilibre des intérêts en balance³⁹⁵. Ainsi est-il nécessaire de savoir si tel bien que l'on se propose d'acquérir est grevé d'une hypothèque (ou, pour les biens mobilier, d'un gage) pour évaluer le risque que représente son acquisition, ou encore s'il existe des servitudes susceptibles d'être revendiquées et pouvant compromettre l'usage que l'on souhaite faire du bien. La même préoccupation se retrouve dans l'évaluation du prix d'acquisition d'une société, opération complexe demandant la prise en compte d'éléments divers afin non seulement de connaître la valeur *actuelle* de l'entreprise, mais encore sa rentabilité future³⁹⁶ sur les prochains exercices, soit le *potentiel* retour sur investissement qui pourra être déterminé avec une précision plus ou moins grande à partir des derniers bilans comptables, du carnet de commande, voire d'études de marchés, tout en restant évidemment *incertain* car à la merci des aléas inhérents à la vie des affaires. La prise en compte de tels éléments *actuels* est nécessaire afin de pouvoir donner un consentement éclairé, en acceptant *les risques* susceptibles d'obérer l'équilibre initialement convenu des intérêts. Au contraire, l'ignorance de l'information utile conduira inmanquablement à une malformation plus ou moins grave du consentement.

95. Annonce du plan – C'est donc parce que *l'information est la condition du pouvoir des contractants sur leur avenir* – qui constitue la raison d'être du contrat – que le droit s'attache à accroître le champ du connu qui constitue la matière de la prévision³⁹⁷. Le mouvement est double en réalité, tendant d'une part à donner aux parties un accès toujours plus grand à l'information (**sous-section 1**), et d'autre part à faire en sorte que cette information soit *utile* pour prévoir les risques (**sous-section 2**), révélant par là une réelle exigence de prévisibilité.

³⁹⁵ V. not. : C. JAMIN, « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA* 6 mai 1998, n°54, p. 25 et s.

³⁹⁶ V. not. : Com. 4 octobre 2011, n°10-20956 : T. GENICON, *RDC* 2012.64, prononçant sur le fondement de l'article 1110 (ancien) du Code civil la nullité du contrat de franchise en raison d'une erreur sur la rentabilité commise par le franchisé. V. aussi : Com. 31 janvier 2012, n°11-10834 ; Com. 12 juin 2012, n°11-19047 ; Com. 25 juin 2013, n°12-20815 ; Com. 17 mars 2015, n° 13-24853 et 14-10365.

³⁹⁷ V. également l'engouement actuel pour la transparence dans la vie publique, ou encore l'accessibilité du droit, consacrée par le biais du principe de sécurité juridique, à propos de laquelle M. le professeur REVET a parlé d'un véritable « droit au droit » (*RTDCiv.*1999.220). On peut citer à cet égard comme étant particulièrement significative de ce mouvement, la loi n°2000-231 du 12 avril 2000 *relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*, dont l'article 2 consacre « le droit de toute personne à l'information [...] en ce qui concerne la liberté d'accès aux règles de droit applicables aux citoyens » et dispose que « les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ».

Sous-section 1 : L'accès à l'information

96. Introduction – L'inégalité est inhérente au contrat, qui met aux prises des contractants de conditions diverses³⁹⁸. Si elle n'est pas, en soi, un mal, elle le devient lorsqu'elle est cause d'injustice : or le contrat est, par nature, un instrument de profit, dans lequel RIPERT voyait « la lutte des volontés égoïstes, chacun s'efforçant d'obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice »³⁹⁹. La conjonction de ces deux facteurs – *l'inégalité des contractants* et *la recherche du profit* – sera inévitablement la cause d'injustices : la satisfaction de l'un passant nécessairement par un profit moindre ou une perte pour l'autre. Le déséquilibre des forces apparaît alors devoir être contrôlé afin que le contrat ne soit pas le seul espace social qui soit finalement abandonné à la loi du plus fort.

L'évolution de cette entreprise, ancienne, de moralisation du contrat montre un accroissement de l'information due (§1), alors que dans le même temps l'évolution *des techniques juridiques d'information* révèle un plus grand souci de personnalisation de celle-ci (§2).

§1 : Accroissement de l'information

97. Annonce du plan – La question de la morale contractuelle est ancienne. Elle permet de saisir le substrat idéologique duquel s'est exhumée le devoir d'information tel que nous le connaissons, c'est à dire fondé sur un devoir général de bonne foi ou de loyauté, qui empêche de le cantonner dans des limites purement techniques : initialement fondée sur la simple sincérité (A), il tend en effet à évoluer vers une réelle solidarité (B) des parties au contrat.

A) La sincérité

98. Quelques principes d'une morale chrétienne du contrat – Il est possible de trouver les principes premiers de la morale du contrat, dans les commandements livrés par Dieu à Moïse

³⁹⁸ Ainsi, un professionnel, un commerçant, un homme de l'art, sera nécessairement mieux renseigné qu'un profane. Même deux particuliers n'ayant pas de qualifications particulières leur conférant un avantage seront rarement d'aptitudes équivalentes.

³⁹⁹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, coll. Anthologie du droit, LGDJ-Lextenso, 2014, n°40. Ce jeu de la satisfaction de l'intérêt constitue le moteur de tout commerce : « la lutte des intérêts privés est inévitable et, dans une certaine mesure, légitime. L'égoïsme des mobiles est la règle dans le commerce juridique » (*idem*, n°160). V. aussi : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », in *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 609 ; D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.295, n°2.

sur le Mont Sinai⁴⁰⁰. Le vol⁴⁰¹ et le mensonge⁴⁰², y entretiennent une relation étroite⁴⁰³ : « on commet *le même crime* [que le vol] lorsque, en vendant, ou en achetant, on a recours à la fraude et à des paroles mensongères. [...] »⁴⁰⁴. La prohibition du mensonge comporte donc une facette positive : cette *sincérité*⁴⁰⁵ qui oblige le vendeur à informer son cocontractant des éléments utiles à une juste formation de son consentement. Ainsi Saint ISIDORE condamne-t-il tout autant « celui qui tait la vérité, et celui qui profère le mensonge » qui sont « également coupables, le premier *parce qu'il ne veut pas être utile*, le second parce qu'il cherche à nuire »⁴⁰⁶. La relation contractuelle doit donc non seulement être menée avec probité, mais elle exige aussi depuis toujours *une sorte de transparence quant aux qualités des biens objets de la transaction* : le mensonge comme le silence coupable sont tout autant prohibés. Il en va de la justice du contrat, qui postule une certaine égalité des contractants : le pape PAUL VI affirmait ainsi que « l'enseignement de LEON XIII dans *Rerum Novarum* est toujours valable : le consentement des parties, *si elles sont en situation trop inégale*, ne suffit pas à garantir la justice du contrat⁴⁰⁷ [...] »⁴⁰⁸. Dans cette perspective de la morale chrétienne du contrat, les exigences de la justice doivent donc conduire à un comblement des inégalités.

⁴⁰⁰ M. le professeur GHESTIN souligne ainsi que « la tradition culturelle européenne judéo-chrétienne est en matière contractuelle une référence essentielle » (cf. « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in *Aspects actuels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 415.). V. aussi : G. RIPERT, *op. cit.*, n°18. FAVART, dans son rapport devant le Tribunal du 13 Pluviôse An XII, déclarait quant à lui : « dans la partie qui traite des contrats et des obligations conventionnelles, le législateur se trouve dans l'heureuse impuissance de proclamer une volonté particulière : *tout ce qu'il dit doit être l'expression des éternelles vérités sur lesquelles repose la morale de tous les peuples*. [...] Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant DOMAT, et POTHIER en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi dont je vais vous entretenir a été puisé » (in P-A FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, VIDÉCOQ ; éd. 1827, t.13, p. 313. Nous soulignons).

⁴⁰¹ *Exode*, 20, 15.

⁴⁰² *Exode*, 20, 16. Notons néanmoins que cette lecture généralisatrice semble aller au-delà du texte, qui condamne les « faux témoignages » (*Exode*, 20, 16), et apparaît donc plus orienté vers un aspect processuel : « tu ne te joindras point au méchant pour faire un faux témoignage » (*Exode*, 23, 1), et « tu ne déposeras point dans un procès en te mettant du côté du grand nombre, pour violer la justice » (*Exode*, 23, 2).

⁴⁰³ La proximité de ces deux commandements dans le *Décalogue* en est d'ailleurs l'indice formel.

⁴⁰⁴ *Catéchisme du Concile de Trente*, Editions Dominique MARTIN MORIN, 1984, p. 424 et 446.

⁴⁰⁵ *Idem*, p. 442 : « [...] ce huitième commandement n'a pas seulement pour but de défendre le faux témoignage, mais encore *de nous commander de dire la vérité*. [...] Il y a une multitude de choses que nous ne pouvons connaître que sur la bonne foi des témoins. Rien donc n'est plus nécessaire qu'un témoignage véridique dans ces choses que nous ne savons pas, et que cependant nous n'avons pas le droit d'ignorer ». Nous soulignons.

⁴⁰⁶ Saint ISIDORE, L., 3, cap., 19.

⁴⁰⁷ Cette doctrine heurte de front une certaine vision libérale du contrat, appuyée sur le principe d'autonomie de la volonté, qui conduit à refuser toute sujétion du contrat à une règle qui ne trouverait pas son fondement dans la volonté des parties (cf. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°183 et s.). La liberté et l'égalité « sont de l'essence de l'homme, et sont ainsi considérées de façon parfaitement abstraite, *indépendamment des contraintes et des inégalités qui, en fait, peuvent affecter de façon concrète les individus* » (*idem, ibid.* Nous soulignons), et le contrat, fruit de la liberté d'individus égaux, trouve en lui-même sa propre justification morale : « [...] cet engagement, parce qu'il est volontaire, est nécessairement conforme à la loi morale » (G. RIPERT, *op. cit.*, p.38). Les auteurs classiques ont cru trouver cette doctrine dans la vision du contrat développée par le Code civil (V. not. C. BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, Paris, A. ROUSSEAU, 1891, p. 145), mais cette idée est de

Or ces conceptions ont imprégné l'ancien droit. Ainsi DOMAT⁴⁰⁹ enseignait-il que « dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble *se doivent la sincérité*, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter [...]. *Ainsi le vendeur doit déclarer sincèrement les qualités de la chose qu'il vend...* »⁴¹⁰. De même POTHIER voyait-il pour sa part la *bonne foi* comme une source d'obligations, obligeant « le vendeur, non seulement à *ne rien dissimuler des vices intrinsèques de la chose*, mais en général à *ne rien dissimuler de tout ce qui concerne la chose, qui pourroit porter l'acheteur à ne pas acheter, ou à ne pas acheter si cher* »⁴¹¹. Le devoir d'informer loyalement le cocontractant est clairement défini ici comme la condition d'une juste détermination du consentement, et apparaît comme *la mise en œuvre juridique d'un principe général de bonne foi* à la connotation clairement moralisante⁴¹². On a souvent glosé sur le cantonnement de la bonne foi, par l'ancien article 1134 al. 3 du Code civil⁴¹³, à la seule phase d'exécution du contrat. Pourtant, il semble qu'il n'y ait eu là aucune défiance de la part du législateur⁴¹⁴ : le projet de l'An VIII prévoyait en effet que les conventions « doivent être *contractées* et exécutées de bonne foi »⁴¹⁵, mais PORTALIS estima que la première partie de la phrase était redondante⁴¹⁶.

99. La redécouverte de l'obligation d'information par la doctrine moderne – Réagissant aux injustices criantes du XIX^e siècle libéral et individualiste, le début du XX^e siècle fut l'occasion d'un renouveau de la pensée juridique et d'une redécouverte du principe de bonne foi, à

plus en plus contestée. Cf. C. GAUVARD (s. la dir.), *Les penseurs du Code civil*, Association française pour l'histoire de la justice, La Documentation Française, 2009 et spéc. : C. ATIAS, « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », p. 111 et s. ; J-F NIORT, « Retour sur l'esprit du Code civil des français », p. 121 et s. ; D. DEROUSSIN, « Le contrat à travers le Code civil des français », p. 249 et s.).

⁴⁰⁸ « *Populorum progressio*, Lettre encyclique de S.S. le pape PAUL VI sur le développement des peuples », 26 mars 1967, n°59, in. *Les trois encycliques sociales*, présenté et annoté par R. de MONTVALON, Le Seuil, 1967, p. 231.

⁴⁰⁹ Sur la filiation du Code civil, v. not. : J-L GAZZANIGA, « DOMAT et POTHIER, le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits, Revue française de théorie juridique*, n°12, *Le contrat*, PUF, p. 37 s.

⁴¹⁰ DOMAT, *Traité des Lois*, Chap.V, 5.

⁴¹¹ POTHIER, *Traité du contrat de vente*, ParticII, Chap. II, ArticleI. V. aussi : *Traité du contrat de louage*, ParticII, Chap. III, §1.

⁴¹² Cf., D. ALLAND et S. RIALS (s. la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, coll. Quadrige, 2003, V° *bonne foi* ; M. FABRE-MAGAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015, n°31 et s.). V. aussi pour une approche plus générale : Ph. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz, 2000, p. 112 et s.

⁴¹³ Désormais Article 1104 du Code civil.

⁴¹⁴ *Contra* : S. TISSEYRE, *op. cit.*, n°7.

⁴¹⁵ P-A FENET, *op. cit.*, p. 8.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 54. Désormais l'article 1104 du Code civil étend explicitement le devoir de bonne foi à l'ensemble du processus contractuel.

travers notamment l'œuvre de Léon BOURGEOIS et la pensée de DEMOGUE⁴¹⁷. Doctrine d'abord politique issue du radicalisme⁴¹⁸, le solidarisme⁴¹⁹ trouvera très rapidement un développement juridique, sous l'influence notamment de SALEILLES⁴²⁰ : l'autonomie de la volonté est rejetée comme fondement valable du contrat, et avec elle l'aune à laquelle s'appréciait la justice contractuelle : « ce ne sont plus les parties, mais la société qui fixe désormais la mesure de la justice »⁴²¹. Prônant un « altruisme contractuel respectueux des intérêts particuliers mais sensible à l'intérêt collectif des contractants [...] »⁴²², les solidaristes entendent instaurer « une éthique contractuelle fondée sur la fraternité et la solidarité »⁴²³. Le devoir de loyauté a alors vocation à être l'outil principal d'une moralisation du contrat⁴²⁴ rendue nécessaire par le constat de l'inégalité des contractants⁴²⁵ : « le principe de bonne foi

⁴¹⁷ Sur l'émergence du mouvement solidariste V. not : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1952 et s. ; Ph. REMY, « La genèse du solidarisme », in. L. GRYNBAUM et M. NICOD (s. la dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, p.10 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in. *Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 s. Sur l'évolution de la jurisprudence vers la promotion d'une morale contractuelle : cf. Ph. REMY, « La jurisprudence des contrats spéciaux, quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in. *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René SAVATIER (Poitiers, 24-25 octobre 1985), Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t. 15, PUF, 1986, p. 41.

⁴¹⁸ Le père du solidarisme est Léon BOURGEOIS (1851-1925), membre du Parti républicain, radical et radical-socialiste, qui publie *Solidarité* (Paris, A. COLIN, 1896). V. aussi : L. BOURGEOIS, « *Les applications de la solidarité sociale* », *Revue politique et parlementaire*, Paris, 1902. Sur l'influence de cette philosophie v. not. : L. DEUVE, *Etudes sur le solidarisme et ses applications économiques*, th. Paris, LAROSE, 1906 ; J.E.S HAYWARD, « The Official Social Philosophy of the Third Republic: Léon BOURGEOIS and Solidarism », *International Review of Social History*, vol. VI, 1961, p. 19 s.

⁴¹⁹ Sur le solidarisme contractuel voir not. : L. GRYMBAUM et M. NICOD (s. la dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004 ; A-S COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, 2003 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.1997.357* ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in. *Le contrat au début du XX^e siècle, Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p.441 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle? », in. *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 609

⁴²⁰ Il opéra un réel renversement de perspective en affirmant que le contrat « n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques » (R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, PICHON, 1901, p. 229).

⁴²¹ C. JAMIN, préc., p. 448.

⁴²² D. MAZEAUD, préc., n°8.

⁴²³ *Idem, ibid.* Il ne s'agissait là pourtant que d'un simple mouvement de retour tel que l'histoire en offre beaucoup, tant on retrouve là les principes de la morale chrétienne (J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°394 : « les fondements républicains du solidarisme contractuel ont trouvé un appui sérieux dans la doctrine sociale de l'Eglise catholique ». V. aussi du même auteur : « La justice contractuelle selon la tradition catholique », in. *Aspects actuels du droit des affaires: mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, spéc. n°3) contre un individualisme générateur d'injustices (cf. D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.295, n°2).

⁴²⁴ M. le professeur BERGEL, présente ainsi la bonne foi comme un principe général du droit « emprunté à la morale » (J-L BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5e éd., coll. Méthode du droit, Dalloz, 2012, n°89).

⁴²⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°391. M. le Professeur MAZEAUD remarque quant à lui que c'est en rupture « avec le mythe de l'autonomie de la volonté et les postulats d'égalité et de liberté contractuelle », que s'est peu à peu imposé le devoir de loyauté dans les relations contractuelles. « L'inégalité et la dépendance qui président parfois à la conception du contrat, poursuit-il, sont corrigées et compensées par cet impératif moral qui contribue ainsi à restaurer une certaine justice contractuelle [...] » (D. MAZEAUD, « Loyauté,

commande sa reconnaissance à chaque fois que l'on constate un déséquilibre de connaissance »⁴²⁶. Il s'en suit que « l'exigence de loyauté dans les relations précontractuelles, oblige [...] à communiquer à son partenaire toutes les informations dont on dispose qui seraient de nature à éclairer son consentement »⁴²⁷, ouvrant ainsi à la consécration d'une véritable obligation d'information qui ne se départira jamais vraiment de cette matrice idéologique qui lui a donné sa légitimité.

B) La solidarité

100. De la répression de la ruse à la sanction du silence – L'apport majeur du solidarisme fut de donner une assise théorique à la régulation des comportements contractuels *dans le sens du partage de l'information* en faveur du contractant le plus faible, accentuant ainsi l'exigence traditionnelle de bonne foi dans le sens d'une véritable collaboration⁴²⁸ : « alors que la bonne foi, permet simplement, de façon en quelque sorte négative, de sanctionner les déloyautés manifestes [...] l'exigence – ou plus exactement, l'esprit – de collaboration *est plus formateur des caractères* en impliquant, de manière positive, *des attitudes, des comportements convergents au service d'un intérêt contractuel commun* »⁴²⁹.

L'émergence du devoir d'information à l'occasion de l'admission de la réticence dolosive a manifesté de manière éclatante ce passage de la simple abstention (de comportements trompeurs) vers l'action (devoir de « parler »). Le dol est classiquement une erreur *provoquée*⁴³⁰ par un comportement⁴³¹ répréhensible destiné emporter le consentement ce qui le distingue *prima facie* de l'erreur des articles 1132 et suivants du Code civil. Bien que la définition du dol se soit peu à peu élargi au *simple mensonge*⁴³², la jurisprudence s'est

solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », in. *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François TERRÉ*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 610).

⁴²⁶ P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat », in. *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, 1992, Litec, 1994, p. 124.

⁴²⁷ *Idem, ibid.* Nous soulignons.

⁴²⁸ J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTDCiv.*1986.101.

⁴²⁹ *Idem, ibid.*

⁴³⁰ Article 1137 du Code civil.

⁴³¹ Le Code vise les « manœuvres » (du latin : *machinatio*). L'exemple est connu, mais vaut d'être rappelé ici, de ce changeur de Syracuse nommé PYTHIUS dont CICERON racontait que voulant vendre sa maison de campagne, il usa d'un stratagème en vue d'emporter la décision d'un acquéreur potentiel, Cassius. L'ayant invité à dîner, il demanda en secret à un grand nombre de pêcheurs de venir exercer leur art devant sa maison, ce qu'ils firent, et déverser ensuite sous les yeux des convives le produit, factice, de leur pêche abondante...où le mensonge ajouta aux artifices. Le jour même l'affaire était conclue !

⁴³² Cass. civ., 4 janvier 1949 : *Gaz. Palinéa*1949.1.145 ; Civ. 3, 6 novembre 1970, *JCP* 1971.II.16942, note J. GHESTIN. C'était déjà un pas vers la réduction à rien des *artifices* initialement exigés pour caractériser ce délit civil.

néanmoins longtemps montrée réticente⁴³³ à le caractériser en l'absence de tout élément matériel c'est-à-dire par simple *rétenction d'information*⁴³⁴. Ce n'est qu'en 1958⁴³⁵ que la réticence dolosive, « silence d'une partie dissimulant à son cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »⁴³⁶, sera définitivement admise comme cause de nullité.

101. Où l'on retrouve l'inégalité et le risque... – Désormais la seule explication de la spécificité de la sanction du dol par référence à la « punition » de l'auteur⁴³⁷ de la ruse apparaît insuffisante : il n'y a dans la réticence *qu'une abstention, un comportement passif*⁴³⁸, qui laisse finalement le cocontractant s'enfermer dans sa méprise sans intervenir pour le détromper. Il est donc nécessaire de rechercher une explication plus technique, fondée non – du moins pas entièrement – sur le comportement de l'auteur du dol, *mais sur les conséquences que ce comportement a sur son cocontractant* : la détermination du consentement en raison d'une méprise⁴³⁹ *que l'autre partie aurait pu empêcher ou contribuer à dissiper*. En ne le faisant pas, elle laisse donc se créer une inégalité dans l'appréhension du risque : l'intérêt que l'un pensait retirer de façon certaine du contrat était en réalité affecté d'un risque dont il ne pouvait pas tenir compte lors de la formation du contrat, alors même que son cocontractant a, lui, tiré profit de cette imprévisibilité. Le devoir de bonne foi impose alors dans de telles circonstances de ne pas profiter sciemment de l'erreur *que l'on pourrait empêcher* en parlant. Cela explique que le champ de l'erreur au sens de l'article 1137 du Code civil, à la différence de l'erreur sur les qualités essentielles, est déterminé *par de seules considérations subjectives*⁴⁴⁰ : le silence, et *a fortiori* les manœuvres, n'ont de consistance juridique qu'au regard de la méprise dont procède le consentement, et c'est donc celle-ci qui emporte la détermination de la sanction.

⁴³³ Cass. civ., 30 mai 1927 : *DH* 1927.416 ; *S.*1928.I.105, note BRETON.

⁴³⁴ Ce que CARBONNIER appelle le dol négatif (*in. Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrages*, 1^{ère} éd., 2004, n°957). V. G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.*2012.2986.

⁴³⁵ Civ. 1, 19 mai 1958, Bull. civ. I, n°251. V. néanmoins dans le sens d'une continuité jurisprudentielle: A. DENIZOT, « La réticence dolosive avant 1958 », *RTDCiv.*2015.765.

⁴³⁶ Civ. 3, 15 janvier 1971, Bull. civ. III, n°38 : *RTDCiv.*1971.839, obs. Y. LOUSSOUARN.

⁴³⁷ Qui fonde finalement la distinction d'avec l'erreur de l'article 1110.

⁴³⁸ La légitimité de la punition d'un « délit » par abstention est délicate. Si elle peut se justifier en matière pénale au regard des enjeux, elle se heurte en matière civile à cette circonstance qu'il n'y a là qu'une confrontation d'intérêts matériels, laquelle est inhérente au contrat, naturelle à l'homme, et indispensable à une saine émulation propice au développement des affaires...

⁴³⁹ La frontière est désormais ténue avec l'erreur de l'article 1110 (J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°211 ; L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNES, Economica, 2011, n°172 et s.)

⁴⁴⁰ Article 1137 alinéa 2 du Code civil. Comp. : Civ. 3, 21 février 2001, selon laquelle « la réticence dolosive rend toujours *excusable* l'erreur provoquée ». V. aussi l'article 1139 qui consacre cette jurisprudence.

La justification du caractère fautif du silence repose dès l'origine sur le constat d'une inégalité des parties dans l'accès à l'information⁴⁴¹. Un auteur relevait ainsi, à l'occasion de la consécration du devoir d'information par l'article 1112-1 de l'ordonnance du 10 février 2016, que « le rapport remis au Président de la République daté du même jour [...] évoque [...] cinq fois l'objectif de "justice contractuelle" et trois fois l'idée de protéger les plus faibles »⁴⁴²...

102. Imposition d'une approche solidaire du risque – Quoi que la mesure de l'influence des théories solidaristes sur le droit contemporain semble parfois surévaluée⁴⁴³, il est difficile de ne pas voir là une manifestation de cette « nouvelle approche du contrat, non plus en termes d'intérêts antagonistes, mais plutôt fondée sur la collaboration, sur une *affectio contractus* [...] »⁴⁴⁴. Un auteur a pu souligner que le devoir d'information, consacré par la réforme, est « l'une des manifestations les plus éclatantes du devoir imposé à chaque contractant de sortir de son intérêt égoïste, et de contribuer, bon gré mal gré, à celui de son partenaire »⁴⁴⁵. De cette conception découle inévitablement une obligation d'information dotée d'un périmètre très large : le « contrat solidaire » exigeant en effet une certaine *abnégation*⁴⁴⁶, en vertu de laquelle le contractant le plus puissant « doit notamment renseigner le contractant dominé et

⁴⁴¹ Dans l'arrêt fondateur du 19 mai 1958 (préc.) il était ainsi impossible pour le cocontractant de connaître par lui-même l'information.

⁴⁴² M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016.1218.

⁴⁴³ Il semble en effet qu'il ne faille pas surinterpréter la jurisprudence en la matière (cf. not. : S. TISSEYRE, *op. cit.*, n°94 ; X. LAGARDE, « De la période précontractuelle », *RLDC*, déc. 2008, n°55), dont l'analyse montre le fondement sous-jacent des décisions rendues est beaucoup plus pragmatique que ceux qui ont pu émerger en doctrine durant ces dernières décennies. M. CEDRAS soulignait ainsi que « les solutions jurisprudentielles revendiquées par les solidaristes peuvent aussi bien s'expliquer par le recours à des figures qui restent en bonne part classiques, même si elles ont subi une certaine teinture solidariste, par exemple la bonne foi, variable traditionnelle d'ajustement de l'équilibre contractuel [...] », ainsi « l'obligation de renseignements dans la formation de certains contrats sert à éclairer la volonté du plus faible, à prévenir ses possibles erreurs, dans une optique raisonnable de liberté contractuelle. *L'apport du solidarisme y est marginal*, qui se traduit par une exigence plus forte en ce domaine »⁴⁴³ (J. CEDRAS, « Liberté - égalité - contrat: Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2003, p. 186, spéc. p. 191).

⁴⁴⁴ C. THIBERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.*1997.357 ; V. aussi : L. BOYER, « Contrats et conventions », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 1993, n°38 : « [...] il y a précisément lieu de souligner le développement très marqué du principe de bonne foi auquel doit être assujéti le contrat. Sans doute cette nécessité de la bonne foi était-elle déjà affirmée par l'article 1134, alinéa 3, du code civil, mais l'on mettait tout autant l'accent sur celle d'un strict respect de la volonté contractuelle. Tout autre est aujourd'hui la dimension du principe. [...] De là aussi cette idée qu'il doit exister un véritable devoir de coopération entre les parties... ». Cette vision est cependant loin de faire l'unanimité en doctrine. Parfois qualifiée d'« *irénique* » (Ph. REMY, « La genèse du solidarisme », *in. L. GRYNBAUM et M. NICOD (s. la dir. de), Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, p. 10, n°3), il est néanmoins incontestable qu'elle a trouvés des développements techniques, conduisant, à travers un certain nombre d'obligations ou de devoirs nouveaux à inciter, voire imposer une certaine entraide entre les parties, tant en amont de la conclusion, qu'en avalinéaPour une recension de ces diverses déclinaisons de la bonne foi : Ph. LE TOURNEAU, M. POUmarede, « Bonne foi », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2017, n°33 et s..

⁴⁴⁵ M. FABRE-MAGNAN, préc., p. 1218.

⁴⁴⁶ D. MAZEAUD, préc., p. 617, n°14.

dépendant sur l'opportunité de conclure le contrat, *sur les risques qu'engendreraient sa conclusion* [...] et, lorsque cela apparaît nécessaire, l'inciter à ne pas conclure, voire refuser purement et simplement de contracter »⁴⁴⁷. Poussée à son paroxysme, cette logique conduit à considérer que viole l'*affectio contractus* celui qui cèle *une quelconque information que son interlocuteur aurait eu intérêt à connaître*. Dans le « microcosme »⁴⁴⁸ qu'est la relation contractuelle, gouverné par cet esprit de fraternité, de coopération, voire d'altruisme⁴⁴⁹ chacun doit en effet peu ou prou veiller aux intérêts de l'autre⁴⁵⁰, quitte parfois à sacrifier un peu des siens⁴⁵¹. On a ainsi assisté à une multiplication des obligations spéciales de renseignement, notamment en droit de la consommation⁴⁵², terreau particulièrement fertile dans la mesure où la relation de consommation est de soi marquée par *l'inégalité inhérente à la qualité des parties qui s'y confrontent*.

Il résulte de ces fondements idéologiques que le renforcement contemporain de l'obligation d'information procède d'une approche radicale des solutions apportées à l'inégalité des parties. Cette approche induit une évolution des modes de transmission de l'information, gouvernés par une attention toujours plus grande portée à l'adaptation de celle-ci aux besoins de celui à qui elle est due.

§2 : Personnalisation de l'information

103. Introduction – La prise en compte de l'importance d'une juste information des contractants s'est faite progressivement : la plus ancienne forme d'information est sans doute la mise à disposition impersonnelle, par voie de publicité notamment (A), figure classique qui a certes perduré jusque dans notre droit actuel, mais demeure néanmoins marquée par un certain archaïsme technique qui la distingue radicalement des figures plus modernes tendant à

⁴⁴⁷ *Idem*, p. 618.

⁴⁴⁸ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 6, Paris, Rousseau, 1932, p. 9.

⁴⁴⁹ D. MAZEAUD, préc., spéc. n°8.

⁴⁵⁰ Quant au débiteur de l'information, la filiation de l'obligation d'information incline à considérer qu'elle s'impose à tous les contractants, en dépit de spécificités ponctuelles (la jurisprudence s'est notamment attachée très tôt à faire, en droit commun, du professionnel le débiteur essentiel de l'information): elle est réciproque, chacun devant renseigner l'autre. Cf. J. JULIEN, *op. cit.*, n°69.

⁴⁵¹ J. MESTRE, « Obligations et contrats spéciaux », *RTDCiv.*1986.101. V. not. : Com. 25 février 1981, Bull. civ. IV, n°109, p. 83 ; Paris, 15 mai 1975, *JCP* 1976, II, 18265, note BOITARD et DUBARRY)

⁴⁵² Cf. J. JULIEN, *op. cit.*, n°72 et s. La filiation est en effet directe entre le principe de bonne foi du droit commun et le cadre particulièrement renforcé du droit de la consommation, ainsi que le remarque M. le professeur JULIEN : « lorsque le Code de la consommation évoque l'obligation précontractuelle d'information, il fait incontestablement référence à la théorie du contrat et à l'obligation de loyauté » (*op. cit.*, n°68). Pour une analyse générale : Y. PICOD, « Bonne foi et droit de la consommation », in. *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Litec, Dalloz, 2011, p. 121 et s.

une information beaucoup plus active et personnalisée (**B**). Le passage de l'une à l'autre révèle une attention plus grande portée à la nécessaire prévisibilité contractuelle.

A) La mise à disposition impersonnelle

104. La prise de conscience progressive d'une nécessaire transparence – De manière générale, l'état primitif de la société semble être marqué par une conscience forte de la responsabilité des individus. Chacun devant veiller à ses intérêts, *la recherche de l'information utile est un devoir du contractant* ainsi que le signifie l'adage romain *emptor curiosus debet esse* : « dans la conscience juridique encore frustre de cette époque, la curiosité de l'acheteur était de rigueur ; aucun mécanisme de protection ne venait au secours de celui qui s'était laissé duper ; la sympathie allait d'avantage au vendeur qui avait réussi un bon tour, son contractant ne pouvant s'en prendre qu'à lui-même de sa propre naïveté »⁴⁵³. Il était donc attendu de chacun *une posture active et responsable*, tant dans la recherche de l'information, que dans l'usage qui en était fait : « dans une société d'indépendance et de responsabilité personnelles, *chacun, étant gardien de ses propres intérêts, devait prendre soin de son affaire* sans attendre le secours de son partenaire »⁴⁵⁴.

105. L'exemple de la publicité foncière – L'histoire de la publicité foncière est significative de l'évolution, en même temps qu'elle en révèle les ressorts idéologiques. Elle a pour fonction essentielle *d'informer les tiers de la situation juridique de l'immeuble* : « la sécurité des opérations immobilières est subordonnée à une parfaite publicité des charges réelles qui grèvent les immeubles. Les droits réels étant opposables aux tiers, la clandestinité de leur constitution, si elle était admise, aurait pour conséquence d'écarter les tiers acquéreur, et les prêteurs sur hypothèques, car ils craindraient de découvrir, après l'acquisition ou le prêt, que des charges diminuent ou ruinent la valeur de l'immeuble, ou même que l'immeuble n'appartenait pas à la personne avec laquelle ils ont traité »⁴⁵⁵. L'information sur les charges grevant l'immeuble apparaît donc comme un *instrument indispensable de prévisibilité*, destiné à empêcher l'effet néfaste que pourrait avoir sur la situation de l'acquéreur ou du prêteur la révélation ultérieure de la situation juridique réelle du bien. Pourtant la publicité

⁴⁵³ H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n°110.

⁴⁵⁴ *Idem, ibid.*

⁴⁵⁵ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, T.III, 1^{er} vol., *Sûretés, publicité foncière*, 7^e éd. (par Y. PICOD), Montchrestien, 1999, n°356.

foncière est d'apparition récente : ni le droit romain⁴⁵⁶, ni l'ancien droit ne la pratiquaient : bien au contraire, la règle qui prévalait alors était le caractère occulte des hypothèques et des transferts de propriété⁴⁵⁷. Encore faut-il réserver le rôle que pouvaient tenir les diverses formalités entourant le transfert de propriété, le Moyen-âge étant resté attaché aux anciennes cérémonies issues du droit franc entourant ce transfert, que ce soit pour les alleux ou pour les tenures en fief ou censive : l'*investiture*, réelle ou symbolique, « donnait à l'opération une publicité éclatante »⁴⁵⁸. Mais ces formes primitives n'ayant dans l'ensemble guère perduré⁴⁵⁹ et étant en outre inadaptées aux exigences d'une circulation moderne des biens fonciers, il était nécessaire de procéder à une transcription des actes de façon à conserver la mémoire tant des transferts de propriété que des charges grevant les biens. Le transfert de propriété *solo consensu* en effet, « méconnaît la différence qui existe entre la création de rapports obligatoires, n'intéressant normalement que les contractants, et le transfert de la propriété, qui intéresse les tiers et la société en général, à cause de la fonction sociale qui s'attache à la propriété »⁴⁶⁰. Dès le XVI^e siècle, plusieurs tentatives ont lieu pour assurer la publicité des hypothèques⁴⁶¹, qui ne prospérèrent pas⁴⁶². L'*Edit royal du 25 mars 1673*⁴⁶³ est révélateur des difficultés qui résultaient du système alors en vigueur : « la conservation [des] fortunes

⁴⁵⁶ V. cependant pour le rôle des solennités en droit romain, notamment la *mancipatio* et l'*in jure cessio*, dans la publicité de la propriété : *idem*, n°642. M. le professeur HALPERIN évoque souligne également le rôle des formalités de la *mancipation* : « les témoins assurent la preuve et la publicité de l'opération dont les effets sont particulièrement forts. Le transfert de propriété est opposable à tous [...] » (*in. Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 23).

⁴⁵⁷ L'ordonnance de Villers-Cotterêts (1539) avait néanmoins rendu obligatoire l'*insinuation* pour les libéralités, soit leur inscription sur un registre public leur conférant authenticité.

⁴⁵⁸ F. OLIVIER-MARTIN, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Editions du CNRS, 1992, n°210.

⁴⁵⁹ *Idem*, p. 583, n°432 ; V. aussi : F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2015, p.184, n°187 et s.

⁴⁶⁰ F. OLIVIER-MARTIN, *op. cit.*, n°210.

⁴⁶¹ La première tentative semble être celle d'Henri III avec l'*Edit de création d'un bureau de contrôle des actes extrajudiciaires en chaque siège royal* du 4 juillet 1581. cf. ISAMBERT, DECRUSY & TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XIV, Paris, 1829, p. 650. L'« exposé des motifs » apparaît comme un impitoyable réquisitoire contre les « notaires et tabellions » d'alors, accusés de couvrir de leur seing les fraudes, abus et tromperies les plus diverses. Pour y remédier, le roi ordonne l'enregistrement de tous les actes juridiques (« pourvu que le contract excède cinq escus en sort principal, et de rente foncière trente sols »), dans les deux mois, sur des registres qui comporteront l'indication de l'état juridique du bien, en ce compris les charges le grevant. La publicité des informations portées dans ces registres était néanmoins restreinte : « [...] duquel registre ledit contrepreneur ne fera communication qu'à ceux qui y auront intérêt, ou autres, ainsi que par justice sera ordonné, et non autrement » (art.8). Il était prévu la délivrance d'extraits sur « peau de parchemin » (pour un coût de dix sols) ou « feuillet de papier » (deux sols) lorsque les parties en feraient la demande... D'autres suivront : *Edit portant établissement des greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires* (25 mars 1673) ; *Edit portant création de conservateur des hypothèques sur les immeubles réels et fictifs & abrogation des Décrets volontaires* (17 juin 1771).

⁴⁶² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°649.

⁴⁶³ *Edit portant établissement des greffes pour l'enregistrement des oppositions des créanciers hypothécaires* du 25 mars 1673 (nous soulignons). Cf. ISAMBERT, DECRUSY & TAILLANDIER, *op. cit.*, p.73. Cet édit fut cependant abrogé dès l'année suivante en raison de l'opposition de la noblesse et du notariat (H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°649).

dépend principalement d'établir la sûreté dans les hypothèques [...] : nous n'avons point trouvé de meilleur moyen que *de rendre publiques toutes les hypothèques* [...] et par ce moyen on pourra prêter avec sûreté et acquérir *sans crainte d'être évincé* ; les créanciers *seront certains de la fortune de leurs débiteurs* et ne seront, ni dans la crainte de les voir périr, ni dans l'inquiétude d'y veiller ; et les acquéreurs seront assurés de n'être plus troublés dans leur possession par des charges ou hypothèques antérieures ». L'utilité d'un système d'information sur la situation juridique du bien apparaît ainsi directement fondée sur la nécessité *d'empêcher un risque imprévisible de peser sur les situations juridiques*.

Les lois révolutionnaires⁴⁶⁴ d'une part, l'évolution du droit à partir du Code civil et jusqu'au décret du 4 janvier 1955 qui fonde le système actuel d'autre part, ont entendu mettre fin à l'opacité ancienne⁴⁶⁵. Désormais l'inscription des privilèges spéciaux immobiliers⁴⁶⁶ et des hypothèques est obligatoire⁴⁶⁷. En portant à la connaissance des tiers l'état juridique exact du bien, le droit entend écarter toute remise en cause *imprévisible* de leur droit : la publicité conférant l'opposabilité, une hypothèque ou un privilège non inscrit ne seront pas opposables⁴⁶⁸.

106. La publicité de l'état des personnes physiques – A l'égard du cocontractant le *Digeste* proclamait : *qui cum alio contrahit non debet esse ignarus conditionnis ejus*⁴⁶⁹, sorte de pendant à l'adage *emptor curiosus...* : là encore le mouvement initial était de s'en remettre à la responsabilité de chacun dans les investigations à mener. La création et l'amélioration des services de l'*état-civil* ont permis une information efficace sur l'ensemble des événements touchant à la personne du contractant⁴⁷⁰. Il incombe cependant au contractant intéressé de

⁴⁶⁴ Notamment les lois du 9 messidor An III supprimant la clandestinité des hypothèques, puis celle du 11 brumaire An VII qui, reprenant cette disposition, y ajouta l'obligation de publier les transferts de droits immobiliers. Cf. Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^e éd., 2016, n°853 et s.

⁴⁶⁵ Pour un historique des diverses réformes de la publicité foncière depuis le Code civil : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, p. 536 et s.

⁴⁶⁶ Article 2377 du Code civil : « entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par une inscription au fichier immobilier, de la manière déterminée par les articles suivants et par les articles 2426 et 2428 ». Exception faite pour les créances énumérées à l'article 2375 et pour les créances du syndicat des copropriétaires de l'article 1374.

⁴⁶⁷ Article 2426 du Code civil.

⁴⁶⁸ Article 2425 du Code civil. La jurisprudence considère que « l'hypothèque prend rang à compter de son inscription et elle est dès ce jour opposable à tous, y compris au tiers qui a acquis le bien qu'elle grève » (Civ.1, 1^{er} février 2005, n° 02-13054, Bull. civ. I, n°55). Cf. Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°853 et s. Il est à noter que cet aspect concernant l'opposabilité est présent dès l'édit de 1581 (article 1).

⁴⁶⁹ « Qui contracte avec une autre personne ne doit pas ignorer ses conditions » (H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n°358).

⁴⁷⁰ Ainsi de l'existence d'un mariage, d'un divorce, d'un Pacte civil de solidarité (transmis par le greffier du TGI, ou le notaire lorsque le PACS est enregistré par lui, à l'officier d'état-civil aux fins de publication), mais aussi les changements ou modifications apportés au régime matrimonial. Sur les diverses mentions : V. la

mettre en œuvre les diligences nécessaires afin de prendre librement connaissance des informations qui y sont portées⁴⁷¹. L'article 1149 alinéa 2 du Code civil par exemple fait ainsi pencher la balance des responsabilités dans le camp du cocontractant, qui dispose que « la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à l'annulation » : il est attendu du cocontractant qu'il dépasse les simples apparences, voire les dires, *pour aller chercher à la source l'information mise à sa disposition*.

Outre l'état-civil, le *répertoire civil*, régi par les articles 1057 et suivants du Code de procédure civile, sur lequel doivent être portés entre autres les jugements instaurant une tutelle ou une curatelle, permet de connaître avec précision l'état exact de la capacité d'un individu, là encore *en rendant l'information publique*⁴⁷². A défaut de s'informer, le cocontractant négligent qui entrerait, avec un individu placé sous un régime de protection, dans une relation contractuelle outrepassant les actes qui lui sont autorisés par la protection, s'exposerait *au risque d'une remise en cause de l'acte* sur le fondement des articles 414-1 et suivants du Code civil.

107. L'information sur les personnes physiques et morales en droit commercial – Le registre du commerce et des sociétés remplit à l'égard des personnes physiques et morales exerçant une activité commerciale ou civile⁴⁷³ le même rôle que l'état-civil⁴⁷⁴ : répondant à « l'attente d'une *transparence* de la vie des entreprises », le R.C.S, « *en mettant à la disposition du public une documentation précise* sur les personnes immatriculées, [...] *garantit le développement du crédit et la sécurité des transactions* »⁴⁷⁵. Outre les informations relatives à l'identité de l'entreprise, on y trouve l'indication des divers organes à partir desquels il est possible d'avoir connaissance *des pouvoirs du représentant*, mais aussi mention des

circulaire du 6 avril 2012 *présentant les tableaux récapitulatifs des formules de mentions apposées en marge des actes de l'état civil*. Toutes ces informations présentent un intérêt certain pour le cocontractant de la personne, puisque permettant de connaître sa situation personnelle exacte, elles sont un élément précieux de prévisibilité à destination notamment des créanciers.

⁴⁷¹ Il est ainsi loisible de demander un extrait d'acte d'état-civil, tout comme une communication des mentions portées au répertoire civil (article 1061 alinéa 1 du code de procédure civile), sauf lorsqu'une mention de radiation de ces mentions a été portée en marge de l'acte d'état civil : il est alors nécessaire d'obtenir l'accord du Procureur de la République (article 1061 alinéa 2)

⁴⁷² L'article 1059 dispose que « *la publicité* des demandes, actes et jugements *est réalisée par une mention en marge de l'acte de naissance de l'intéressé*. Cette mention est faite à la diligence du greffier du tribunal de grande instance ou, le cas échéant, à celle du service central d'état civil. Elle est constituée par l'indication " RC " suivie de la référence sous laquelle la demande, l'acte ou le jugement a été conservé ». Nous soulignons.

⁴⁷³ La liste des personnes juridiques devant être inscrites au RCS est prévue par l'article L. 123-1 du code de commerce.

⁴⁷⁴ Inspiré par le système allemand performant qui prévalait en Alsace et en Lorraine à l'issue de la Première Guerre mondiale, le registre du commerce et des sociétés est créé par la Loi du 18 mars 1919. Pour un historique des réformes successives : P. BEDER, « Registre du commerce et des sociétés », *in. Rép. dr. com.*, janvier 2011 (à jour : avr. 2017), n°4 et s.

⁴⁷⁵ *Idem*, n°2. Nous soulignons.

éventuelles procédures collectives engagées à son encontre. L'accès à ces informations est très large⁴⁷⁶, signe évident de la volonté du législateur de leur conférer la publicité la plus étendue⁴⁷⁷, en même temps que de l'objectif poursuivi qui est évidemment l'instauration d'une transparence et d'une plus grande maîtrise des risques au bénéfice des acteurs de la vie économique. Toute personne peut ainsi accéder à ces informations à partir du numéro d'identification au R.C.S qui doit être mentionné sur l'ensemble des documents de l'entreprise⁴⁷⁸. Le dispositif est complété par la publication au B.O.D.A.A.C⁴⁷⁹ et dans les divers journaux habilités à recevoir les annonces légales. Les informations ainsi portées à la connaissance du public permettront aux cocontractants éventuels de l'entreprise d'avoir la connaissance la plus étendue de sa situation juridique et des risques auxquels ils s'exposent en contractant avec elle.

108. *L'évolution contemporaine vers une communication personnalisée* – La publicité apparaît donc comme un système efficace d'information : en donnant aux parties un accès facilité à des connaissances *actuelles* permettant *d'anticiper l'éventualité que représente tel ou tel évènement aléatoire*, le droit a indéniablement entendu améliorer la maîtrise du risque au sein de la relation contractuelle. Ce système souffre cependant d'inconvénients attachés à sa nature même. D'une part, en raison du fait que l'information est délivrée de manière impersonnelle *aucune réelle adaptation aux besoins du destinataire n'est possible*⁴⁸⁰. D'autre

⁴⁷⁶ L'article L. 123-1 (II) du code de commerce dispose : « figurent au registre *pour être portés à la connaissance du public*, les inscriptions et actes ou pièces déposés » (nous soulignons). La communication au public se fait sous la responsabilité du greffier et de l'I.N.P.I (article R. 123-150 du code de commerce) qui peuvent délivrer « soit de la copie intégrale des inscriptions portées au registre concernant une même personne ou d'un ou plusieurs actes déposés, soit d'un extrait indiquant l'état de l'immatriculation à la date à laquelle cet extrait est délivré, soit d'un certificat attestant qu'une personne n'est pas immatriculée » (article R. 123-152 du code de commerce). Pour les informations contenues au répertoire SIRENE, l'article R. 123-232 du code de commerce régit la diffusion des informations qu'il contient mais qui est elle-aussi très large sous certaines réserves (notamment : article R. 123-232 alinéa4)

⁴⁷⁷ L'accessibilité aux informations du R.C.S fait ainsi l'objet d'une amélioration constante depuis sa création, notamment avec l'informatisation des données et leur diffusion par le biais d'internet. La création du GIE Infogreffé en 1986 rassemblant les données collectées par les greffes de l'ensemble de tribunaux de commerce de France (ainsi que par l'I.N.P.I depuis 2009, et par l'I.N.S.E.E pour les données issues du répertoire SIRENE), la diffusion des informations via le Minitel d'abord, internet ensuite (site infogreffé.fr), participent ainsi d'une transparence toujours plus grande de la vie des entreprises. Parallèlement, on constate un mouvement d'eupéanisation, rendu nécessaire par la globalisation du commerce (sur l'historique des initiatives communautaires V. not. : P. BEDER, préc., n°14 et s.). Une directive de la Commission européenne a ainsi adopté le 24 février 2011 une proposition relative à l'interconnexion des registres du commerce au sein de l'Union européenne, dont l'exposé des motifs insiste sur l'importance d'une plus grande transparence, dans un contexte marqué par les crises financières, archétype de l'événement difficilement prévisible.

⁴⁷⁸ P. BEDER, préc., n°195. Pour l'accès aux informations du répertoire SIRENE il s'agit du numéro SIREN ou SIRET.

⁴⁷⁹ Créé par le décret n° 78-705 du 3 juillet 1978, il existait néanmoins dès le début du XX^e siècle un *Bulletin officiel des ventes de fonds et faillites*.

⁴⁸⁰ Sur ce point, pour une critique des articles L. 111-1 et s. du code de la consommation V. J. JULIEN, *op. cit.*, n°78.

part, l'information se trouvera souvent limitée *en considération de la généralité même de sa diffusion*⁴⁸¹. Le contexte idéologique précédemment évoqué, marqué par une attention accrue portée à la réduction des inégalités sur des présupposés hautement marqués par leur origine moraliste, exigeait donc une évolution *vers une adaptabilité et une personnalisation de la délivrance de l'information...*

B) La communication personnalisée

109. Critères d'une personnalisation de l'information – Parallèlement à la publicité, c'est-à-dire la mise à disposition *sans destinataire précis*, d'informations utiles, on constate un mouvement général du droit consistant à mettre à la charge de l'une des parties l'obligation de communiquer au cocontractant, *de façon personnelle*, certaines informations⁴⁸². Le droit de la consommation apparaît encore une fois particulièrement révélateur, en ce qu'il conjugue harmonieusement les deux types d'information que sont celle – *primitive* – de la communication impersonnelle par publicité, et celle *plus moderne* d'information personnalisée, directe, du cocontractant. Il en révèle par-là d'une part la nécessaire distinction et d'autre part le critère gouvernant la répartition entre ces deux modes d'information. Il apparaît que cette répartition n'opère pas *rationae materiae*, en considération de la nature de l'information divulguée⁴⁸³ : certaines informations peuvent être délivrées indistinctement, ou successivement, par voie de publicité et par voie de communication directe au cocontractant⁴⁸⁴. La *qualité du destinataire apparaît au contraire déterminante* :

⁴⁸¹ Cette difficulté se retrouve particulièrement en matière d'état des personnes : le système apparaissant marqué par la conciliation nécessaire entre l'intérêt des tiers à connaître l'information et celui de la personne bénéficiant du régime de protection, aucun mécanisme d'information n'a été prévu pour le régime le plus léger, la sauvegarde de justice, en raison sans doute de la réticence que cela pourrait susciter dans les familles à l'égard de ce régime « léger » : « il en résulte que les éventuels contractants de la personne protégée s'exposent, *sans avoir eu le moyen de s'en prémunir*, à une action en rescision pour lésion ou à une action en réduction pour excès. Ils n'ont d'autre ressource que d'invoquer leur bonne foi, considération à laquelle les tribunaux sont invités à se référer [...] » (H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, p. 716).

⁴⁸² Sur le renforcement de la transparence au cours des négociations : L. et J. VOGEL, *La négociation commerciale depuis la Loi Hamon*, Lawlex, Bruylant, 2015, p. 17 et s.

⁴⁸³ La question ici posée consiste à analyser l'exécution de l'obligation d'information à travers le caractère plus ou moins direct de sa communication au(x) destinataire(s) visé(s). Autre, en revanche est la question des modalités de cette transmission : par écrit ou de manière orale, pour laquelle *la nature* de l'information à délivrer peut avoir une incidence. Sur ce point cf. M. FABRE-MAGAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015, p. 417 et s.

⁴⁸⁴ Ainsi l'article L. 111-4 alinéa 1 du code de la consommation dispose que l'information sur la période de disponibilité des pièces détachées doit être communiquée *d'abord* de façon éventuellement impersonnelle à destination de tout client potentiel, pourvu qu'elle le soit « de manière lisible » (ce qui incline à interpréter le texte dans le sens d'une communication par affichage ; V. aussi : article D. 111-4 alinéa 2 du code de la consommation) ; *puis à nouveau*, mais de manière personnelle cette fois – et « par écrit » – au cocontractant au moment de la conclusion du contrat. Il en va de même de l'article L. 112-1 du code de la consommation qui

l'information est ainsi de plus en plus adaptée, personnalisée, en fonction de la qualité de celui qui en est le créancier : lorsqu'il cesse d'être un *quidam* parmi la masse indifférenciée des consommateurs, pour devenir *celui qui s'apprête à contracter* avec le professionnel. Ainsi le professionnel est-il tenu d'abord d'une information à portée *générale* (et impersonnelle)⁴⁸⁵ par voie d'*étiquetage* ou d'*affichage*, qui vise le client potentiel. Le passage de l'indifférenciation à l'individualisation du cocontractant potentiel s'accompagne d'un renforcement de l'obligation d'information pesant sur le professionnel, *dans le sens là aussi d'une individualisation*⁴⁸⁶ : non seulement il pourra être demandé de fournir à nouveau *et de façon directe* au futur cocontractant des informations déjà disponibles par le biais d'une publicité⁴⁸⁷, mais aussi et surtout on constate *une inflation qualitative* des informations communiquées par ce biais, dans la mesure où il ne s'agit plus simplement de donner au destinataire de l'information *un aperçu général et sommaire* de ce sur quoi porterait le contrat, mais de lui permettre de déterminer au mieux son consentement ce qui implique *qu'il puisse prévoir au mieux l'ensemble des risques susceptibles d'influer sur sa prise de décision*. Par exemple, la restitution à la suite de l'exercice par le consommateur de son droit de rétractation se fait à ses frais, à condition que le professionnel l'ait dûment informé de l'existence de ces frais⁴⁸⁸.

110. Variations de l'obligation d'informer le cocontractant – L'existence de l'obligation d'information est en outre tributaire *du constat d'une inégalité dans l'accès à l'information*. Ainsi « [...] le vendeur professionnel doit informer et conseiller l'acheteur à des degrés divers

dispose : « tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, *par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié*, informer le consommateur sur *les prix et les conditions particulières* de la vente et de l'exécution des services [...] » (nous soulignons), disposition se conjuguant avec la communication personnelle de ces informations *au moment de la conclusion du contrat* (article L. 111-1) : « en d'autres termes, souligne un auteur, l'information de chaque consommateur *au moment où il contracte* ne suffit pas. Ce texte organise *l'information publique des consommateurs*, de sorte que ceux-ci ne soient pas contraints de se mettre individuellement en rapport avec les professionnels concernés pour obtenir ces renseignements fondamentaux de nature à déterminer leur consentement » (G. PAISANT, « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in. *Mélanges en l'honneur du doyen Roger DECOTTIGNIES*, PUG, 2003, p. 236, n°8. Nous soulignons).

⁴⁸⁵ V. not. sur les informations à mettre à disposition : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Information des consommateurs. – Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », Fasc. n°845, Juriscl. Concurrence-consommation, fév. 2017.

⁴⁸⁶ C'est le sens de l'article L. 111-3 du code de la consommation qui impose que l'information sur la période de disponibilité des pièces détachées, délivrée une première fois avant tout contrat, soit « *confirmée par écrit* lors de l'achat du bien ». Ce qui est exigé est alors une transmission *directe* de l'information au consommateur.

⁴⁸⁷ Le décret n° 2010-1662 du 28 décembre 2010 *relatif à la mention du classement énergétique des bâtiments dans les annonces immobilières* a ainsi imposé la publicité du Diagnostic de performance énergétique (DPE) dans les annonces de vente ou de location immobilières diffusées soit dans les locaux de l'intermédiaire immobilier, soit via un site internet (article R 134-5-1 et s. du code de la construction et de l'habitation), puis sa production *au moment de la conclusion du contrat* de vente ou de bail auquel il doit être annexé avec les autres diagnostics techniques obligatoires.

⁴⁸⁸ Sur ce point V. : J. JULIEN, *op. cit.*, n°168.

selon que celui-ci a une compétence plus ou moins affirmée et selon la nature de l'objet du contrat »⁴⁸⁹. D'une part il s'agit de considérer l'inégalité régnant *in concreto* entre les compétences respectives des parties quant à l'objet du contrat : celui qui a le plus de facilité à connaître l'information devant alors la transmettre à l'autre⁴⁹⁰ : de manière générale la compétence professionnelle détermine la qualité de débiteur de l'information à l'égard du profane⁴⁹¹, mais la compétence d'un contractant peut faire obstacle à sa qualité de créancier de l'information⁴⁹². Mais il se pourra aussi que le devoir d'informer soit imposé par voie de présomption, sans considération du caractère informé ou non du créancier de l'information : ainsi un arrêt de la première chambre civile du 30 septembre 2015 a pu décider que « le devoir d'information du prêteur en matière d'assurance bénéficie à tous les emprunteurs, fussent-ils avertis, et s'impose indépendamment de tout risque d'endettement excessif [...] »⁴⁹³.

D'autre part il convient de tenir compte du caractère transcendant du droit de la consommation qui, ayant vocation à étendre l'emprise de ses dispositions particulièrement protectrice sur le seul constat de la qualité de consommateur de l'une des parties, instaure une véritable présomption dérogatoire au droit commun en vertu de laquelle *le professionnel est toujours tenu d'une obligation d'informer son cocontractant*, sans qu'il soit besoin de rechercher l'éventuelle compétence de celui-ci⁴⁹⁴. Ainsi « dans un contrat de consommation, il n'y a pas lieu de s'inquiéter du point de savoir si le débiteur de l'obligation était réellement en possession des éléments à porter à la connaissance de son cocontractant ou si ce-dernier n'était pas à même de les connaître ; à la présomption de connaissance du professionnel répond la présomption d'ignorance légitime du consommateur »⁴⁹⁵. Cette disposition apparemment dérogatoire *procède pourtant de la même logique* : le terme de comparaison est simplement placé, par le jeu de la présomption, non plus, en aval, lors de la pesée des compétences respectives, *mais bien plus en amont*, dès lors qu'est constatée l'existence d'une

⁴⁸⁹ F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°221, p. 214.

⁴⁹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°273 et 688.

⁴⁹¹ *Idem, ibid.*

⁴⁹² V. not. Ph. LE TOURNEAU, « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.*1987, chron.101. Les exemples en jurisprudence sont nombreux : cf. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 212. V. par ex. : Civ.3, 7 mai 2014 (n°13-15073) ; *D.*2014.1751, comm. F. VINEY.

⁴⁹³ Civ.1, 30 septembre 2015 (publié), n°14-18854 : *D.*2015.2004.

⁴⁹⁴ F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 215, n°222 ; G. PAISANT, préc., p. 235, n°6. V. par ex. : Civ.1, 30 septembre 2015, n°14-18854, (publié) : « le devoir d'information du prêteur en matière d'assurance bénéficie à tous les emprunteurs, fussent-ils avertis, et s'impose indépendamment de tout risque d'endettement excessif, la souscription d'une assurance destinée à garantir le remboursement d'un prêt n'étant pas déterminée par le niveau d'endettement de l'emprunteur mais par la perspective d'un risque dont la couverture apparaît opportune lors de la souscription du prêt ; que la cour d'appel n'avait donc pas à procéder à la recherche dont l'omission est dénoncée ».

⁴⁹⁵ G. PAISANT, préc., n°6.

relation de consommation laquelle présuppose de soi l'existence d'une *inégalité irréductible des compétences* à laquelle le droit entend porter remède⁴⁹⁶. Un arrêt de la cour d'appel de Bourges dressait ainsi un portrait, peu flatteur, mais sans doute réaliste du consommateur : « le consommateur moyen ne peut plus être considéré comme l'homme actif, instruit, diligent ainsi qu'était le "bon père de famille" dans le Code Napoléon, mais comme un être plus vulnérable auquel doivent être présentés de façon claire tous les termes du marché et tous les risques auxquels il s'expose »⁴⁹⁷ ... Il en résulte que le devoir d'information est d'autant plus lourd que le rapport d'inégalité entre les parties est prononcé⁴⁹⁸, allant de la simple information à une obligation de conseil, voire de mise en garde⁴⁹⁹. L'on trouve ainsi un formalisme accru en matière de contrats conclus hors établissement, réputés plus dangereux pour le consommateur, pour lesquels l'article L. 121-18 du code de la consommation impose que le professionnel s'acquitte de son information sous forme écrite, sur support papier, sauf accord du consommateur pour un autre support.

III. L'instauration d'une prévisibilité des risques – L'idée dont procède ce souci d'une information précise du cocontractant s'insère dans une idéologie générale, tant politique que purement juridique, qui n'est pas sans entretenir certaines correspondances avec la conception de l'Etat-providence héritée de l'après-guerre : aversion au risque⁵⁰⁰ et mise en place d'une société fondée sur la sécurité face aux aléas de la vie. Le plus souvent, il s'agit moins en effet d'informer sur l'objet du contrat en son état actuel, que de permettre à la partie créancière de l'information *de mieux appréhender les risques* susceptibles de venir perturber le contrat une fois celui-ci conclu. L'information *actuelle* remplit alors non seulement un rôle de

⁴⁹⁶ Sur ce point : J. JULIEN, *op. cit.*, n°3.

⁴⁹⁷ Bourges, 5 octobre 1998 : *Gaz. Palinéa*23-27 mai 1999, p. 33, obs. PEZE.

⁴⁹⁸ M FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°521 et s. V. aussi J. JULIEN, « Présentation du projet de loi sur la consommation, CCC 2013, n°7, alerte n°40 : « de nombreux articles du projet sont relatifs à l'information du consommateur, et réalisent [...] la transposition de la directive de 2011. Il en résulte un alourdissement assez sensible des textes actuels, le projet multipliant les éléments informatifs devant être donnés au consommateur : caractéristiques du bien, éléments d'identification du professionnel, modalités d'exécution, etc. Certes, à l'occasion de certains types de contrats, comme les contrats à distance, le code était déjà prolix, mais ici ces obligations sont généralisées ».

⁴⁹⁹ Sur cette distinction V. entre autres : *idem, ibid.* ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 424, n°778 et s. Ainsi le notaire, l'avocat, seront tenus d'un devoir de conseil renforcé en raison de la nature du contrat qui les lie à leur client, et dont la raison d'être consiste justement dans la délivrance d'un renseignement fiable. Ils sont tenus de conseiller leur client, même lorsque celui-ci bénéficie de compétences ou de l'assistance d'un tiers. Ex : Civ.1, 1^{er} décembre 1998, n°96-18120, 96-17974, 96-21943 : *Deffrénois* 1999.36953, n°23, obs. J-L AUBERT ; Civ.1, 12 juillet 2005, n°03-19321 : Bull. civ. I, n° 323 ; D.2005.2340, obs. X. DELPECH ; Civ. 1^{re}, 3 avril 2007, n°06-12831 (client lui-même notaire) et 06-13304 : Bull. civ. I, n° 142 et 143 ; D.2007.1271 ; Civ. 1, 14 novembre 2012, n° 11-24.726 : Bull. Civ. I, n°241 ; Civ.1, 29 octobre 2014, n°13-19729 : Bull. civ. I, n°178 (devoir de conseil de l'assureur quelques soient les compétences de l'assuré).

⁵⁰⁰ Sur le développement contemporain du principe de précaution en droit de la responsabilité : Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 10^e éd., 2014, n°27 et s.

connaissance de la chose, *mais qui demeure très secondaire par rapport à son rôle principal qui est de réduire au maximum les risques imprévisibles pesant sur l'avenir contractuel.* Ceux-ci ont pour point commun que leur survenance va provoquer une perturbation nuisible de l'équilibre initialement envisagé, due à l'« effet de surprise » *qui résulte du fait qu'ils n'avaient pas été prévus.* C'est donc moins la survenance de l'événement lui-même *que son rapport avec le consentement donné dans l'ignorance du risque qu'elle représentait qui s'avère néfaste*⁵⁰¹ : constitueront alors un risque imprévisible tant l'événement venant *a posteriori* modifier l'équilibre initialement envisagé, que la révélation postérieure à la conclusion du contrat d'une circonstance qui était présente lors de celle-ci mais était demeurée inconnue de celui à qui elle porte préjudice. Supprimer l'« effet de surprise », implique alors de faire en sorte que l'événement soit prévu, ou du moins *qu'il puisse l'être*, et donc de porter à la connaissance de la partie « faible » non seulement l'état actuel de la chose pour lui-même, mais encore certains éléments *dont l'intérêt réside seulement dans le fait qu'ils rendent prévisibles – sans pour autant qu'elle soit certaine – la survenance ultérieure de tel ou tel élément nouveau.* Les exemples sont nombreux de tels mécanismes dédiés à la prévisibilité d'événements futurs aléatoires, et il n'est guère possible de tous les citer : dans le contrat de bail⁵⁰², dans le contrat d'assurance⁵⁰³, en matière de prêt à la consommation⁵⁰⁴ mais

⁵⁰¹ V. par ex : Bordeaux, 20 juin 2014, JurisData n°2014-018033 : nullité prononcée sur le fondement de l'article L. 113-8 du code des assurances qui dispose : « indépendamment des causes ordinaires de nullité[...] le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration *change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre* » (nous soulignons).

⁵⁰² Le contrat doit ainsi mentionner les règles gouvernant la révision du loyer : la référence à un indice objectif (I.R.L.) permet non pas de connaître de manière certaine le montant futur du loyer, mais de maîtriser dès à présent la procédure qui sera mise en œuvre. La même idée se retrouve derrière l'exigence que l'objet de l'obligation soit une chose déterminée ou déterminable (article 1163 du Code civil), ou que le prix de la vente soit sinon déterminé, du moins déterminable (article 1591 du Code civil. V. not. Civ.3, 26 septembre 2007 : Bull. civ. III, n°159 : *Defrénois* 2007.1725, obs. R. LIBCHABER. Hors les droits spéciaux en revanche la Cour de cassation a opéré un revirement fameux en 1995 d'après lequel l'article 1129 du Code civil ne s'applique plus au prix : Ass. Plén. 1^{er} décembre 1995 : Bull. Ass. plén. n°9. V. désormais les articles 1164 et 1165 du Code civil issus de l'ordonnance du 10 février 2016). Le bailleur doit également remettre au moment de la signature du bail divers diagnostics techniques (loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, article 3-1 et s.), dont le *Diagnostic de performance énergétique*, permettant au preneur d'évaluer dès à présent le coût que représentera pour lui, tout au long du bail, la consommation énergétique de l'immeuble. En sens inverse, la loi prévoit un certain nombre d'information devant être communiquées par le preneur, afin de permettre au bailleur de procéder à une évaluation des risques avant de consentir au contrat : le bailleur a ainsi le droit de connaître la situation matrimoniale du preneur (condition de l'inopposabilité d'un congé qui serait délivré par le bailleur à un seul des deux conjoints ou partenaires au terme de l'article 9-1 de la loi de 1989), ses revenus (afin d'évaluer le risque de non-paiement du loyer, et de s'en prémunir par la prise de garantie via l'exigence d'une caution), il a également le droit de connaître la souscription par lui d'une assurance contre les risques locatifs, ou encore les projets de transformation des lieux par le preneur (sur tous ces points : V. *Le droit de savoir*, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2010, p. 101 et s.).

⁵⁰³ L'article L. 112-2 du code des assurances impose la fourniture par l'assureur, préalable à la conclusion du contrat, de divers documents informatifs décrivant notamment les garanties et exclusions (cf. L. MAYAUX, « Contrat d'assurance », in. *Répertoire de droit civil*, juin 2014 (à jour : avr. 2017), n°50 et s. V. aussi : article L. 312-29 du code de la consommation en matière d'assurance souscrite à la suite d'un crédit à la consommation.

aussi dans de nombreux autres mécanismes, tels que la réglementation des franchissements de seuil lors de la prise de participation dans le capital d'une société⁵⁰⁵, ou encore l'information due par les prestataires de services d'investissement à leurs clients⁵⁰⁶. L'objectif est toujours, par l'information sur un élément *actuel*, de permettre *la prévision d'un risque qui sinon pourrait ne pas être envisagé*, causant par là une atteinte plus ou moins grave au contrat.

112. Illustration : les diagnostics techniques dans la vente immobilière – L'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation, relatif à l'information de l'acquéreur dans les ventes immobilières⁵⁰⁷, est éclairant : la distinction y est nettement marquée entre l'information *sur l'état actuel* de l'immeuble vendu, afin d'éviter *la révélation* ultérieure et dommageable de tel ou tel caractère non prévu, et la transmission d'informations *destinées à rendre prévisible* pour l'acquéreur l'*éventualité* de survenance de tel ou tel événement *qui n'existe pas nécessairement au moment où le contrat est conclu*. Au titre des premières, on citera la production au moment de la vente⁵⁰⁸ d'un dossier de diagnostic technique constatant la présence dans l'immeuble d'amiante⁵⁰⁹, de plomb⁵¹⁰, de termites⁵¹¹, ou l'existence

⁵⁰⁴ Les articles L. 312-12 et L. 312-14 du code de la consommation prévoient la remise par le prêteur à l'emprunteur d'une fiche informative, ainsi que la fourniture d'« explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit proposé est adapté à ses besoins et à sa situation financière [...]. Il attire l'attention de l'emprunteur sur les caractéristiques essentielles du ou des crédits proposés et sur les conséquences que ces crédits *peuvent avoir* sur sa situation financière, y compris en cas de défaut de paiement ». L'article L. 312-17, relatif aux contrats conclus à distance, prévoit pour sa part une obligation d'information à la charge de l'emprunteur vis-à-vis du prêteur, en vue « de contribuer à l'évaluation de sa solvabilité par le prêteur ».

⁵⁰⁵ M. le Professeur CONAC souligne que « la réglementation des franchissements de seuils a un double objectif. D'un côté, elle vise à protéger les actionnaires en les tenant informés des variations du capital et des droits de vote. Ainsi, ils peuvent savoir qui détient, ou envisage de détenir le contrôle de la société, et ils peuvent prendre des décisions d'investissement plus éclairées. [...] D'un autre côté, la réglementation vise également à permettre aux dirigeants des sociétés cotées de mieux connaître les évolutions de leur actionnariat et *d'anticiper ainsi une éventuelle offre publique d'acquisition hostile*. Elle est donc aussi, dans une certaine mesure, un mécanisme d'alerte anti-OPA » (P-H CONAC, « Franchissement de seuil », *in. Rép. dr. des sociétés*, oct. 2013 (à jour : avr. 2015), n°1.

⁵⁰⁶ Laquelle leur permet « raisonnablement de comprendre la nature du service d'investissement et du type spécifique d'instrument financier proposé *ainsi que les risques y afférents*, afin que les clients soient en mesure de *prendre leurs décisions d'investissement en connaissance de cause* » (article L. 533-12 II du code monétaire et financier).

⁵⁰⁷ J-M DELPERIER, J-D ROCHE, « L'aggravation de l'obligation d'information du vendeur d'immeuble », *JCP N* 2003.1319 ; M.TCHENDJOU, « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *JCP G* 2003.I.141 ; F. COLLART-DUTILLEUL, « L'enrichissement de l'obligation légale d'information à la charge du vendeur », *RDC* 2006.1135.

⁵⁰⁸ L'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation dispose que le dossier de diagnostic technique « est annexé à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente ».

⁵⁰⁹ Article L. 1334-13 du code de la santé publique : plus précisément le diagnostic mentionne « la présence *ou l'absence* de matériaux ou produits contenant de l'amiante ».

⁵¹⁰ L'article L. 1334-5 du code de la santé publique dispose que le « constat de risque d'exposition au plomb présente *un repérage des revêtements contenant du plomb* et, le cas échéant, dresse un relevé sommaire des facteurs de dégradation du bâti. Est annexée à ce constat une notice d'information dont le contenu est précisé par arrêté des ministres chargés de la santé et de la construction ».

⁵¹¹ Article L. 133-6 du code de la construction et de l'habitation.

d'activités antérieures relevant d'installations classées susceptibles d'avoir entraîné une pollution du bien⁵¹². Au titre des secondes doit être fourni l'état (*actuel*) des installations électriques⁵¹³ et du gaz⁵¹⁴ lorsqu'elles datent de plus de quinze ans, « en vue, précisent les textes, *d'évaluer les risques pouvant porter atteinte à la sécurité des personnes [...]* ». Ce n'est pas ici l'état *actuel* de l'installation électrique ou du gaz qui justifie *par lui-même* l'obligation d'information, *mais le fait qu'il rende prévisible – quoi qu'incertaine – la survenance dans l'avenir* d'une atteinte à la sécurité des personnes. Il en va de même de l'article L. 125-5 du code de l'environnement qui dispose que « les acquéreurs ou locataires de biens immobiliers situés dans des zones couvertes par un plan de prévention des risques technologiques ou par un plan de prévention des risques naturels *prévisibles*, prescrit ou approuvé, ou dans des zones de sismicité [...] sont informés par le vendeur ou le bailleur *de l'existence des risques* visés par ce plan ou ce décret », ou encore de l'information devant être fournie sur le risque que représente la présence dans la zone où se situe le bien d'infestation par des champignons lignivores⁵¹⁵. Les textes opèrent dans ces derniers cas un renvoi *vers une information en soi extérieure au droit* (études sismiques ou techniques), mais qui rend prévisible pour le contractant la *survenance* éventuelle (et non pas la simple *révélation*) d'un risque *après* la conclusion du contrat. La responsabilité du producteur de l'information – en l'occurrence le diagnostiqueur – fait d'ailleurs l'objet d'un renforcement constant : on notera en particulier qu'une chambre mixte a rendu, le 8 juillet 2015⁵¹⁶, une décision particulièrement éclairante à ce sujet, mettant fin par la même occasion à une divergence de jurisprudence entre les chambres civiles au sujet du préjudice indemnisable par le diagnostiqueur immobilier⁵¹⁷. A la suite d'un diagnostic termites erroné portant sur un immeuble à usage d'habitation les acquéreurs se sont vus contraints de réaliser d'importants travaux de désinfestation. Ayant assigné l'entreprise, les acquéreurs obtinrent sa condamnation, la Cour décidant, sur le fondement de l'article L. 271-4 du code de la construction et de l'habitation « que le dossier

⁵¹² Article L. 514-20 du code de l'environnement : « [...] il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, *des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation* ». V. aussi dans le même sens l'article 75-2 du code minier sur l'information en cas d'exploitation antérieure d'une mine dans le tréfonds du bien.

⁵¹³ Article L. 134-7 du code de la construction et de l'habitation.

⁵¹⁴ Article L. 134-6 du code de la construction et de l'habitation.

⁵¹⁵ Article L. 271-4 9° du code de la construction et de l'habitation : « dans les zones prévues à l'article L. 133-8 l'information *sur la présence d'un risque* de mэрule ».

⁵¹⁶ Ch. mixte, 8 juillet 2015, n°13-26686 : *Rev. Constr. Urb.* 2015, n°10, comm. 145, comm. C. SIZAIRE. V. aussi : Civ. 3, 15 oct. 2015, n° 14-18077 : *Rev. Constr. Urb.* 2015, n°12, comm. 171, comm. C. SIZAIRE ; Civ.3, 30 juin 2016, n° 14-28.839 : *Rev. Constr. Urb.* 2015, n°9, comm. 127, comm. C. SIZAIRE.

⁵¹⁷ La troisième chambre civile accordait une indemnisation intégrale du coût des travaux nécessaires (V. par ex. : Civ.3, 21 mai 2014, n° 13-14891), tandis que la première et la deuxième chambre accordaient une indemnisation moindre sur le fondement de la perte de chance (V. par ex. : Civ. 2, 25 février 2010, n°08-12991 ; Civ. 1, 20 mars 2013 n°12-14711).

de diagnostic technique annexé à la promesse de vente ou à l'acte authentique de vente d'un immeuble *garantit l'acquéreur contre le risque* mentionné au 3° du deuxième alinéa du I de ce texte et que la responsabilité du diagnostiqueur se trouve engagée lorsque le diagnostic n'a pas été réalisé conformément aux normes édictées et aux règles de l'art, et qu'il se révèle erroné ; qu'ayant relevé que les investigations insuffisantes de la société HDI n'avaient pas permis que les acquéreurs soient informés de l'état véritable d'infestation parasitaire de l'immeuble [...] la société MMA, assureur de la société HDI, leur devait sa garantie ». C'est donc *un mécanisme de garantie qui est ici mis en place au détriment du producteur de l'information*, et qui fait peser sur lui *le coût de l'imprévisibilité qu'elle a contribué à créer dans la situation contractuelle*, alors même qu'il n'y est pas directement partie⁵¹⁸.

113. Illustration : l'information du cessionnaire dans la vente de fonds de commerce – Un autre exemple peut être tiré des dispositions de l'article L. 141-1 du code de commerce, qui prévoit que le vendeur est tenu d'énoncer dans l'acte constatant la cession « le chiffre d'affaires qu'il a réalisé *durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente*, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ». L'article L. 141-2 dispose quant à lui qu' « au jour de la cession, le vendeur et l'acheteur visent tous les livres de comptabilité qui ont été tenus par le vendeur durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente [...] ainsi qu'un document présentant les chiffres d'affaires mensuels réalisés entre la clôture du dernier exercice et le mois précédant celui de la vente ». L'ensemble de ces dispositions a pour objectif de rendre prévisible pour le cessionnaire la rentabilité qu'il peut attendre de son acquisition. Etant entendu que, sauf cas particulier, le cessionnaire ne sera pas admis à invoquer une erreur sur la valeur (article 1136 du Code civil), il importe donc qu'il puisse se forger l'opinion la plus juste de la valeur du bien afin de déterminer son consentement en toute connaissance de cause.

114. Conclusion de la sous-section 1 relative à l'accès à l'information – L'évolution générale des systèmes dédiés à l'information contractuelle révèle un double mouvement : d'une part une attention de plus en plus grande portée à *l'inégalité* des contractants, et donc à la situation de faiblesse de l'un lorsqu'il s'agit de connaître les informations utiles à une juste détermination de son consentement ; d'autre part, et corrélativement, *une personnalisation* de plus en plus forte des modes de transmission de l'information, laquelle sert essentiellement à améliorer la prévisibilité des risques pesant sur le contrat, qu'ils soient présents ou à venir.

⁵¹⁸ V. déjà : Civ. 3, 15 octobre 2015, n° 14-18077.

L'implication du débiteur de l'information dans sa transmission directe et personnalisée au créancier a alors pour effet, *de facto*, de faire disparaître l'imprévisibilité puisque celle-ci procède d'une méconnaissance qui ne peut plus être invoquée par l'individu dès lors qu'il a bénéficié d'une information adéquate. Mais encore faut-il pour cela que l'information transmise soit utile à la prévision du risque...

Sous-section 2 : L'utilité de l'information

115. Introduction – La mise à disposition de l'information ne suffit pas à assurer la prévisibilité : encore faut-il qu'elle constitue *un instrument efficace de prévision*. L'accroissement du champ des connaissances accessibles aux parties doit donc non seulement passer par la *quantité* des informations mises à disposition, mais aussi et surtout par leur *qualité*. La consécration d'un devoir général d'information à l'article 1112-1 du Code civil tend ainsi à instaurer une prévisibilité globale au bénéfice des contractants (§1), laquelle est de nature à limiter dans le même temps le champ de ce devoir (§2).

§1 : La consécration d'un devoir général d'information

116. La bonne foi, ce fleuve sorti de son lit... – L'admission par la jurisprudence de la réticence dolosive procédait d'une volonté des juges de pallier l'inégalité des parties au contrat dans l'accès à l'information⁵¹⁹. En raison des influences idéologiques ayant conduit à son affirmation, l'obligation d'information élaborée par la jurisprudence à partir de la sanction de la réticence dolosive a rapidement acquis une portée très générale⁵²⁰ : elle n'est en réalité que la transcription technique⁵²¹ de cette bonne foi conquérante⁵²², à laquelle *elle emprunte nécessairement la généralité inhérente à ses origines moralistes*. La porte semblait

⁵¹⁹ Cf. *supra* n°100 et s. L'existence d'un dol peut ainsi être « déduite d'un silence volontairement gardé » lorsque le cocontractant ne pouvait connaître par lui-même le fait non révélé (Civ.1, 19 mai 1958, préc.). V. aussi : Soc. 30 mai 1947 : « si en principe, de simples réticences ne sont pas constitutives de dol, il en est autrement lorsque [...] le vendeur, après une vaine tentative auprès d'un tiers, n'en a pas moins vendu le même cheval, dont il ne pouvait ignorer l'inaptitude agricole ».

⁵²⁰ Civ.1, 15 janvier 1971 (n°69-12180) : *RTDCiv.*1971.839, obs. Y LOUSSOUARN : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son cocontractant *un fait qui s'il avait été connu de lui*, l'aurait empêché de contracter » (nous soulignons).

⁵²¹ La controverse sur le fondement théorique qu'il convient d'assigner à la réticence dolosive (V. P. CHAUVEL, « Dol », *in. Rép. dr. civ.*, 2014, à jour : juin 2017, n°51 et s.) n'aurait donc pas lieu d'être : les deux fondements semblent pouvoir être retenus : l'un – la violation d'une obligation d'information – étant en réalité la transcription technique d'une justification plus lointaine – le devoir de bonne foi.

⁵²² Civ. 3, 18 décembre 2012 (n°11-28251) : *RTDCiv.*2013.109, obs. B. FAGES : les juges du fond ne sont pas tenus « d'indiquer le fondement textuel d'une obligation relevant du principe de bonne foi dans les relations précontractuelles ».

donc ouverte pour déterminer l'existence et le contenu de l'information en fonction de critères essentiellement subjectifs⁵²³, et donc sans véritables limites⁵²⁴. Dans une décision controversée, la troisième chambre civile relevait ainsi que : « si aucune obligation légale spécifique ne pesait sur les consorts X... concernant la présence d'amiante dans l'immeuble vendu, le vendeur, *tenu à un devoir général de loyauté*, ne pouvait néanmoins dissimuler à son cocontractant un fait dont il avait connaissance et qui aurait empêché l'acquéreur, *s'il l'avait connu*, de contracter aux conditions prévues, la cour d'appel, [...] a pu en déduire l'existence d'une réticence dolosive imputable aux vendeurs »⁵²⁵. La qualité de débiteur de l'information est ici *détachée de l'existence préalable et objective d'une obligation d'informer*⁵²⁶ fondée soit sur un texte spécial, soit sur le constat d'une inégalité des parties (en l'espèce : des particuliers) : elle est *entièrement déterminée par référence à la seule ignorance de l'acquéreur* ayant déterminé son consentement (ainsi que le suggère la formule « [...] s'il l'avait connu ») *et non par rapport à l'imprévisibilité objective du risque réalisé*. Dès lors certains auteurs ont voulu considérer que « la réticence dolosive *ne saurait être réduite au manquement délibéré à un devoir d'information* à l'égard de l'errans. Le silence, s'il est gardé dans la simple intention de nuire au cocontractant, doit suffire »⁵²⁷. Lorsqu'on sait que la jurisprudence a parfois tendance à s'affranchir de la vérification de l'existence de l'élément intentionnel normalement exigé pour caractériser la nature dolosive du silence⁵²⁸, et

⁵²³ Com. 12 mai 2004 (n°00-15618) : la cassation est encourue par la cour d'appel qui n'a pas recherché si le défendeur n'avait pas « manqué à l'obligation de loyauté qui s'impose au dirigeant de société à l'égard de tout associé *en dissimulant aux cédants une information de nature à influencer sur leur consentement* » (nous soulignons). V. aussi : Com. 28 juin 1994 (n°92-19064).

⁵²⁴ Les *Principes du droit européen des contrats* vont d'ailleurs dans le même sens : « une partie peut provoquer la nullité du contrat lorsque l'autre, par ses manœuvres dolosives, en paroles ou en actes, a déterminé la conclusion du contrat ou a omis frauduleusement de révéler une information *que la bonne foi lui commandait de révéler* » (Article 4 :107 (1) P.D.E.C. V. aussi : article 7:205 P.C.C.R).

⁵²⁵ Civ.3, 16 mars 2011, n°10-10503 (nous soulignons), D.2012.459, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

⁵²⁶ S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI, « Droit des contrats, décembre 2010 - janvier 2012 », D.2012.464.

⁵²⁷ F. VINEY, « Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l'acquéreur est averti : quelles justifications ? », D.2014.1751, n°16 (nous soulignons). Des auteurs (S. AMRANI-MEKKI, M. MEKKI, préc., p. 464) ont néanmoins souligné les circonstances particulières de cette affaire, qui ont pu conduire la Cour à vouloir protéger l'acquéreur qui à l'époque des faits ne pouvait invoquer l'obligation légale d'information sur la présence d'amiante dans les biens immobiliers. Il est néanmoins possible dans ce cas de s'interroger sur la large diffusion (FS-P+B+I) dont les magistrats du Quai de l'Horloge ont souhaité assortir cette décision, assez inhabituelle à vrai dire pour une solution d'opportunité...

⁵²⁸ Civ. 1, 15 mai 2002, D.2002.1811 ; RTDCiv.2003.84, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 1, 13 mai 2003, RTDCiv.2003.700, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; V. aussi : Civ.1, 28 mai 2008, Bull. civ. I, n°154 (mais dans une affaire où étaient seuls demandés des dommages et intérêts). Il a été souligné que « l'obligation d'information n'est plus seulement le fondement théorique de la sanction du dol, elle devient techniquement la source d'une présomption de dol contraire à l'article 1116 alinéa 2 [désormais article 1137] du code civil » (B. PETIT, S. ROUXEL, « Obligation d'information », in. *J-Cl. Civil Code*, fasc. 50 : *Contrats et obligations – obligation d'information*, janv. 2011, n°81. Il semble que ces quelques arrêts controversés n'aient pas prospéré (V. not. Civ. 1, 25 juin 2014, n°13-23925), et l'on doit à la chambre commerciale la vigoureuse mise au point de 2005 : « le manquement à une obligation d'information ne peut suffire à caractériser le dol si ne s'y ajoute la constatation du

qu'une jurisprudence désormais bien assise considère que la « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours excusable l'erreur provoquée »⁵²⁹, on ne peut qu'être légitimement inquiet de l'effet extrêmement néfaste que peut avoir, sur la prévisibilité des situations contractuelles, cette loyauté en crue permanente.

117. Le devoir d'information, simple instrument de prévisibilité – Le devoir précontractuel d'information consacré par l'ordonnance du 10 février 2016 à l'article 1112-1 du Code civil semble néanmoins avoir un domaine plus restreint⁵³⁰ : quoi que *justifiée* par des considérations morales, la transmission de l'information demeure *limitée* par des considérations techniques tenant à la *seule nécessité d'assurer une prévisibilité contractuelle*. En effet, si son existence et son contenu étaient réellement déterminés par un impératif moral, elle serait alors logiquement tout à la fois *inconditionnellement réciproque* et d'une *amplitude déterminée par la seule considération des intérêts que met en jeu l'ignorance ou la connaissance de l'information*. Tout silence serait alors répréhensible dès lors qu'il permet à l'un de profiter de l'ignorance de l'autre, même en l'absence d'inégalité dans l'accès à l'information. Or il apparaît que tel n'est pas le cas.

118. Un devoir limité rationae personnae – Le devoir d'informer est en effet rigoureusement cantonnée à *certaines parties au contrat*. S'il est effectivement réciproque *par principe* en droit commun⁵³¹, en ce sens que tous les contractants en sont tenus les uns envers les autres (y compris un non-professionnel face à un contractant plus averti⁵³²) *tous n'en sont pas, en revanche, inconditionnellement débiteurs ou créanciers*. Ainsi la jurisprudence a-t-elle pris grand soin de limiter l'existence d'une obligation d'information aux hypothèses dans lesquelles l'ignorance du cocontractant est *légitime*, c'est-à-dire *qu'il ne pouvait être attendu de lui qu'il acquière par lui-même l'information en question*⁵³³. Le texte est sur ce point très

caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui par celui-ci » (Com. 28 juin 2005, Bull. civ. IV, n°140 ; D.2005.2836, obs. S. AMRANI-MEKKI ; D.2006.2774, note P. CHAUVEL).

⁵²⁹ Civ. 3, 21 février 2001, (n°98-20817).

⁵³⁰ N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016, p. 18 : « l'obligation d'information est consacrée mais ô combien corsetée ! [...] il fallait bien rassurer les entreprises fort inquiètes de la généralité d'une telle obligation ». V. aussi : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 79.

⁵³¹ La situation est différente en droit de la consommation, eu égard aux rapports de droit spécifiques envisagés par ce droit spécialisé. Le débiteur de l'information est en effet le professionnel, et le consommateur est irréfragablement présumé ignorant (G. PAISANT, *préc.*, n°6).

⁵³² La Cour de cassation a ainsi décidé que « celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant » (Civ.1, 24 novembre 1976, n°74-12352 : Bull. civ. I, n°370).

⁵³³ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 81 : « cette condition sera probablement la condition centrale, celle par laquelle le juge pourra doser l'équilibre des intérêts en présence, en fonction des circonstances,

clair : « celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, *légitimement*, cette-dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »⁵³⁴. Les causes de l'ignorance de l'information donnant naissance à l'obligation pour l'autre d'informer peuvent donc résider soit dans une *impossibilité d'accéder à l'information*, soit dans une *confiance légitime en raison de laquelle l'information, quoi qu'éventuellement accessible, n'a pas été recherchée*⁵³⁵. La notion de légitimité renvoi évidemment au caractère blâmable ou non de l'ignorance : peut-on raisonnablement reprocher, à celui qui s'en plaint, sa méprise ? Non évidemment lorsqu'existe entre les parties une confiance telle qu'il était normal pour l'une de s'en remettre aux lumières de l'autre. Ce sera le cas notamment d'un profane en présence d'un professionnel, lequel pourra être tenu d'une obligation de renseignement plus ou moins renforcée en fonction tant de sa compétence que de l'ascendant que lui confère sa science sur son cocontractant⁵³⁶ : ce-dernier peut légitimement se reposer sur les informations qui lui seront données, et il n'est pas attendu de lui qu'il aille au-delà. Le juge, soulignent des auteurs, « confrontera nécessairement les compétences et les mérites des personnes en présence : on a coutume de dire que l'obligation d'information et l'obligation de s'informer fonctionnent sur le schéma des vases communicants car plus l'écart se creuse entre les aptitudes des personnes en présence et plus l'obligation d'information gagne en contenu »⁵³⁷. Non encore lorsque l'ignorance procède d'une *impossibilité raisonnable de connaître*

et ouvrir plus ou moins largement les flux d'informations dues ». V. par ex. : Paris, 10 décembre 2015, n° de RG: 14/15574 (inédit).

⁵³⁴ L'Article 1110 du *Projet CATALA* adopte une formulation encore plus claire en limitant expressément la qualité de bénéficiaire de l'obligation d'information : « Celui des contractants qui connaît ou aurait dû connaître une information dont il sait l'importance déterminante pour l'autre a l'obligation de le renseigner. Cette obligation de renseignement n'existe cependant qu'en faveur de celui qui a été dans l'impossibilité de se renseigner par lui-même ou qui a légitimement pu faire confiance à son cocontractant, en raison, notamment, de la nature du contrat, ou de la qualité des parties » (nous soulignons).

⁵³⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 81-82.

⁵³⁶ Il est dans ce cas attendu du professionnel qu'il se renseigne sur les besoins de son cocontractant de façon à lui apporter les informations et conseils les plus pertinents. V. not. : Civ. 1, 9 juill. 2015, n° 14-23.109 (publié) : en matière de courtage matrimonial « toute annonce personnalisée diffusée par l'intermédiaire d'un professionnel pour proposer des rencontres en vue de la réalisation d'un mariage ou d'une union stable, doit préciser, notamment, l'âge, la situation familiale, le secteur d'activité professionnelle et la région de résidence de la personne concernée, [...] ce professionnel est tenu, au titre de son devoir d'information, de vérifier les renseignements élémentaires concernant ses adhérents » ; Civ.3, 25 sept. 2012, n°11-21.269 (obligation de conseil de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage profane) : *RDI* 2012.632, obs. Ph. MALINVAUD ; Civ. 1, 28 oct. 2010, n°09-16.913, Bull. civ. I, n°215 (obligation de conseil du vendeur) : *D.*2010.2580, obs. X. DELPECH ; *D.*2011.2891, obs. Ph. DELEBECQUE, J-D BRETZNER et I. GELBARD-LE DAUPHIN ; *RDI* 2010.616, obs. Ph. MALINVAUD). En droit de la consommation pèse en outre sur lui une présomption de connaissance de l'information dont il est le débiteur : le professionnel ne peut dans ce cas s'exonérer en invoquant l'ignorance légitime. Cf. G. PAISANT, *préc.*, n°6.

⁵³⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 82.

*l'information*⁵³⁸. Il s'agira ici d'effectuer « une recherche et une pesée comparative de l'obligation d'informer et de l'obligation de s'informer respectivement à la charge de chacune des parties »⁵³⁹. La cause de l'ignorance légitime réside alors dans l'information elle-même, *qui n'est pas, ou difficilement, accessible* et, à l'inverse, il ne saurait être question d'imposer, hors cas particuliers, une obligation d'informer un cocontractant averti ou pouvant l'être⁵⁴⁰. Dès lors que l'ignorance est légitime, le contractant qui connaît, ou devrait connaître en raison de sa situation particulière⁵⁴¹ – cette information doit la communiquer. S'il ne le fait pas *intentionnellement*, et que cette méprise est déterminante du consentement, l'*errans* est fondé à invoquer la nullité sur le fondement de l'article 1137 du Code civil ; dans les autres cas, il pourra mettre en jeu la responsabilité du débiteur de l'information et réclamer des dommages et intérêts.

119. Difficultés dans l'articulation des articles 1112-1 et 1139 du code civil – Alors que le texte de l'article 1112-1 fait montre d'un équilibre heureux en conditionnant l'existence du devoir d'information à l'imprévisibilité du risque (par le biais de la condition de légitimité de l'ignorance) par son créancier, l'article 1139, qui consacre la jurisprudence controversée⁵⁴² selon laquelle « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée »⁵⁴³, semble brouiller une mécanique au fonctionnement jusque-là très logique. Le champ de l'information due au titre de l'article 1137 est en effet déterminé de façon entièrement subjective : est due en effet toute « information dont [le débiteur] sait le caractère déterminant pour l'autre

⁵³⁸ On retrouve là évidemment les mêmes termes que ceux qui président à l'admission de l'erreur vice du consentement, ou même à l'exclusion de la nullité pour cause de *dolus bonus* voire de mensonge si grossier que la crédulité devient inexcusable. V. article 1110 alinéa2 du *Projet CATALA* (préc.).

⁵³⁹ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 216. Quoi qu'on ait pu en dire, l'adage *emptor curiosus esse debet* n'est pas totalement abandonné (V. par ex. : Civ.2, 28 octobre 1999, n°96-22169 ; Civ.3, 9 novembre 2005, n°04-15073, Bull. civ. III, n°219).

⁵⁴⁰ V. par ex. : Civ.3, 7 mai 2014 (n°13-15073) : D.2014.1751, note F. VINEY : « [...] attendu qu'ayant retenu sans dénaturer que la société X... n'était pas un acquéreur profane et inexpérimenté et relevé qu'elle avait visité les logements situés dans l'immeuble vendu, qu'elle avait pu procéder à toute constatation utile et qu'elle avait signé le « compromis » en toute connaissance de cause, la cour d'appel a pu déduire de ces seuls motifs que la demande en nullité pour dol devait être rejetée » ; Com., 4 juin 2013, n°12-13002, D.2013.2487, obs. C. LE STANC : la demande en nullité pour dol est rejetée au motif que « la MAIF, professionnel averti, disposait de moyens d'information lui permettant d'apprécier les risques encourus, ce dont il résultait qu'elle ne pouvait soutenir avoir été trompée par la société IBM [...] ». V. aussi : Paris, 2 mai 2003 (JurisData : 2003-217703) : la cour rejette la demande de nullité en constatant que le demandeur « ne pouvait soutenir ne pas avoir compris ce qu'il signait car, compte tenu du fait qu'il était diplômé de l'ENA et qu'il était inspecteur des finances, il pouvait, même s'il n'avait connaissance a priori des mécanismes utilisés, les appréhender rapidement ».

⁵⁴¹ Il faut tenir compte de la profession ou des compétences particulières du contractant : Civ.1, 1^{er} mars 2005 (n°04-10063), Bull. civ. I, n°109 : RDC 2005.1051, obs. D. FENOUILLET.

⁵⁴² La critique de cette décision, et de l'erreur logique qu'elle recèle, a été faite par plusieurs auteurs auxquels il conviendra de se référer V. not. : J. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », D.2012.1346. V. aussi : O. TOURNAFOND et C. CARON, « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », D.2002.927.

⁵⁴³ N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 38.

partie »⁵⁴⁴, même lorsqu'elle porte « sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». En outre, dès lors que l'autre partie savait et s'est intentionnellement tue, l'erreur commise par l'autre sera « toujours excusable » y compris donc lorsque le risque créé par l'ignorance de l'information était tout à fait prévisible pour peu qu'elle ait mis en œuvre les diligences nécessaires. Il nous semble y avoir là une malheureuse dichotomie : en effet l'on imagine aisément les plaideurs chercher à obtenir par le biais des articles 1137 et 1139 le bénéfice d'une information qui ne leur était pas due au titre de l'article 1112-1 : cela revient à sanctionner le cocontractant pour n'avoir pas parlé *alors qu'il n'en avait pas l'obligation*, dès lors qu'il savait le caractère déterminant d'une information dont l'ignorance est imputable à la seule incurie de l'autre partie.

Cette disposition s'explique aisément par le recours à une certaine vision morale du contrat, beaucoup moins en revanche lorsqu'on justifie le phénomène de l'obligation d'information par la considération objective *de l'inégalité des parties face à la prévisibilité du risque*. Il appartiendra alors au juge de trancher ce débat, car l'on sait de jurisprudence constante que *la simple réticence, même intentionnelle*, sur la valeur de la prestation, n'était pas une cause de nullité au sens de l'ancien article 1116 du Code civil⁵⁴⁵. De deux choses l'une : ou bien la réforme entend remettre en cause cette jurisprudence, ou bien il convient de lire les nouvelles dispositions de façon à réintégrer les limites fixées par une stricte logique, ce qui conduit à remettre en cause la jurisprudence de 2001 : seul le dol *positif*⁵⁴⁶ rend toujours excusable l'erreur, le silence, même intentionnel, n'étant source de nullité qu'à la condition que l'ignorance invoquée soit légitime en raison de l'absence pour l'*errans* d'obligation de se renseigner. Il conviendra de voir dans les années à venir le sens qui sera pris par la jurisprudence amenée à appliquer ces nouvelles dispositions, mais parce qu'elle apparaît en contradiction flagrante avec la logique d'ensemble du mécanisme⁵⁴⁷, et en l'absence pour l'instant d'indications jurisprudentielles, il ne nous semble pas pertinent de retenir cette disposition (l'article 1139 du code civil) comme un indicateur fiable du fondement théorique

⁵⁴⁴ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁴⁵ V. not. : Civ.1, 3 mai 2000, n°98-11381 (*affaire BALDUS*), Bull. civ. I, n°131 : *JCP* 2000.I.272, obs. G. LOISEAU ; *Deffrénois* 2000.37237, n°64, obs. D. MAZEAUD et Ph. DELEBECQUE ; *RTDCiv.*2004.86, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 3, 17 janvier 2007, n°06-10442 : Bull. civ. III, n°5, p.3 ; *D.*2007.1051, note D. MAZEAUD ; *idem*, p. 1054, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTDCiv.*2007.335, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Deffrénois* 2007.38562, n°28, obs. E. SAVAUX. *Contra*, en matière de cession de droits sociaux : Com. 27 février 1996, Bull. civ. IV, n°65 : *D.*1996.518, note Ph. MALAURIE ; *idem*, p. 342, obs. HALLOUIN ; *idem*, p. 591, note J. GHESTIN ; *RTDCiv.*1997.114, obs. J. MESTRE.

⁵⁴⁶ V. not. : G. LARDEUX, « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.*2012.2986.

⁵⁴⁷ M. le Professeur MOULY résume ainsi la question : « on ne doit pas dire que la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée, mais que la réticence dolosive suppose toujours excusable une telle erreur » (*in*. « Une règle de nature à induire en erreur : "La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée", *D.*2012.1346).

de l'obligation d'information. Plus modestement, et en toute logique, il semble au contraire que l'existence d'un devoir d'information susceptible de donner lieu à nullité (en cas de silence *dolosif*) ou à la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur (en cas de réticence *non dolosive*) est commandée (et limitée) *par la vérification préalable de l'imprévisibilité de l'événement imprévu* survenant postérieurement à la conclusion du contrat, au sens que lui donnait CORNU⁵⁴⁸.

§2 : La limitation du devoir général d'information

120. Introduction – Le devoir d'information, même conçu de façon générale sans référence à des textes spéciaux, apparaît cantonné dans les limites que lui pose le fondement juridique sur lequel il s'appuie : permettre à son créancier de prévoir le risque dont il doit être un instrument d'anticipation lorsque cet événement aléatoire paraît avoir déterminé le consentement. Cette limite est indispensable tant le fondement moral qui le sous-tend lui ouvrirait sinon un champ d'application quasi infini. Le recours à la prévisibilité apparaît donc comme une justification (A), autant qu'une limite (B) apportée au devoir d'information.

A) Le devoir d'information justifié par la prévisibilité

121. L'imprévisibilité du risque condition de l'erreur vice du consentement – La matrice originelle de l'obligation d'information est la théorie des vices du consentement. On aurait tort pourtant de voir la consécration de la réticence dolosive comme la parturiente dont est née l'obligation d'information. En réalité une telle obligation *se trouve déjà en germe dans la sanction de l'erreur vice du consentement*. A première vue pourtant l'erreur se trouve enfermée dans les limites très strictes qui enserrant le cœur de l'opération contractuelle⁵⁴⁹ : sa recherche semble avoir pour seule fin de préserver l'intégrité du consentement, c'est-à-dire de veiller à la vérité de l'appréhension de la réalité qui a commandé son émission. *Prima facie* l'article 1132 viserait donc à sanctionner le contrat parce qu'il procède d'une méprise sur l'état de la chose *au moment où le consentement a été donné*.

⁵⁴⁸ L'imprévisibilité est « le caractère de ce qui ne pouvait être prévu par un individu raisonnable et *compte tenu des circonstances* lors de la conclusion d'un contrat [...] » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *imprévisibilité*).

⁵⁴⁹ Conçu selon une approche subjective, c'est-à-dire à travers la prise en considération les causes qui ont déterminé le contractant à donner son consentement, ainsi que le décide depuis longtemps la jurisprudence : « l'erreur doit être considérée comme portant sur la substance *lorsqu'elle est de telle nature que sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté* » (Cass. civ. 28 janvier 1913 : S.1913.I.487).

Il semble pourtant possible d'adopter une autre analyse de l'erreur en considérant qu'elle est avant tout *la sanction d'un risque imprévisible*, et porte en elle *le germe d'une obligation d'information*. En premier lieu la sanction de l'erreur est tributaire de la démonstration de l'existence *d'un préjudice* qui en est la conséquence. La chose est évidente pour l'erreur qui résulte d'une réticence dolosive : si le silence de l'autre partie n'a pas eu d'effet, ou au contraire s'avère bénéfique, l'*errans* n'aurait aucun intérêt à demander la nullité, et l'on voit mal comment il pourrait prétendre en outre à des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle⁵⁵⁰, faute de pouvoir démontrer l'existence d'un préjudice⁵⁵¹. Elle l'est tout autant pour l'erreur sur les qualités essentielles, si l'on veut bien considérer qu'une partie qui apprend ultérieurement s'être trompée, n'ira certainement pas s'en plaindre si cette méprise lui a été bénéfique⁵⁵². L'obtention de la sanction est donc conditionnée à la démonstration d'un préjudice, dont la cause réside dans l'*effet de surprise* qui accompagne la révélation ou la survenance ultérieure d'un élément *que l'errans n'avait pas pris en compte* lorsqu'il a consenti au contrat, *alors même que cet élément était de nature à avoir un effet non négligeable sur le consentement*.

En second lieu, il n'est par hypothèse possible d'invoquer l'erreur *qu'une fois que l'événement qui la révèle est connu*, c'est-à-dire lors de sa révélation ou de sa survenance. L'erreur s'apprécie donc nécessairement par rapport à des éléments qui sont seulement éventuels au moment où est donné le consentement : il n'y aurait pas eu d'erreur en effet si la partie avait eu connaissance *de cette éventualité*. A l'inverse, si l'élément *existait au moment de la conclusion du contrat* : soit il était connu, et *ad absurdum* il est difficile d'imaginer quelqu'un contracter contre ses propres intérêts ; soit il était « connaissable » et l'erreur ne peut être invoquée en raison de son caractère inexcusable ; soit il n'était pas « connaissable » *à l'époque* et il convient dans ce cas de se demander si l'*errans* pouvait ou non prévoir *l'éventualité que cet élément soit révélé ultérieurement*. Cela implique nécessairement l'existence d'un aléa, cause d'une *incertitude dans la prévision* : en effet si la partie savait *avec certitude* que l'élément serait révélé (ou qu'il surviendrait) après le contrat, elle n'aurait pas contracté en ce sens, et si elle l'a fait elle ne peut être admise à s'en plaindre.

⁵⁵⁰ Cf. article 1178 alinéa 4 du Code civil. V. not. : Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in. *Au-delà des codes : Mélanges en l'honneur de M-S PAYET*, Dalloz, 2012, p. 363 et s.

⁵⁵¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°240, p. 268 : « le préjudice réside dans le fait que le contrat a été conclu à des conditions moins avantageuses que celles qui auraient été retenues s'il n'y avait pas eu de faute précontractuelle ».

⁵⁵² Quand bien même le voudrait-elle qu'elle ne le pourrait pas, car l'action, qu'elle soit menée sur l'article 1132 ou sur l'article 1137 suppose la démonstration que l'on n'aurait pas contracté si on ne s'était pas trompé (caractère déterminant du consentement), ce qui revient indirectement à soutenir que le consentement a donné naissance à un contrat qui s'est avéré préjudiciable).

Reste donc en forme d'alternative ce qui apparaît comme la question fondamentale gouvernant le mécanisme de l'erreur vice du consentement : est-ce que le contractant *pouvait prévoir* que la révélation ou la survenance de l'événement *pouvait éventuellement se produire* ? Pouvait-elle avoir connaissance lorsqu'elle a contracté du *risque* pesant sur le contrat du fait de cette éventualité ? Il apparaît alors *que l'erreur sur les qualités essentielles vise moins à sanctionner la seule connaissance actuelle de la chose que l'imprévisibilité du risque pesant sur l'un des éléments ayant déterminé le consentement.*

122. L'obligation d'informer en filigrane – L'article 1132 apparaît comme le siège d'un mécanisme dédié à pallier l'impossibilité dans laquelle se trouve une partie d'accéder à l'information utile à la détermination de son consentement. En effet, la sanction de l'erreur vice du consentement est tributaire du constat de son *caractère commun aux parties*⁵⁵³. La formule prête à confusion⁵⁵⁴ : elle signifie non pas qu'il est exigé que tous les contractants se soient trompés, mais que tous aient eu connaissance *du caractère essentiel de cette qualité aux yeux de l'errans*⁵⁵⁵. De ce fait, un rapprochement peut être utilement opéré entre l'erreur et le dol : lorsque l'erreur *commune* sur une qualité essentielle est reconnue, elle révèle en effet en arrière-plan *une duplicité du cocontractant* qui, ayant connaissance du caractère déterminant de telle ou telle qualité de la prestation attendue par l'*errans*, et connaissant la réalité de celle-ci, s'abstient de l'en informer⁵⁵⁶. De façon paradoxale c'est bien moins l'*errans* que son cocontractant qui apparaît être l'élément central. En effet, ainsi que le remarquent des auteurs⁵⁵⁷, si le cocontractant ignorait *le caractère essentiel* de la qualité, en vertu de l'exigence d'une erreur *commune* la nullité ne pourra être retenue. S'il en avait connaissance, mais ignorait l'information et en a fait état à son cocontractant, celui-ci ne pourra alors se prévaloir d'une erreur, ayant *de facto* accepté le risque. Dans ces deux cas il n'y a pas lieu de rétablir l'égalité entre les parties : le degré de prévisibilité (ou d'imprévisibilité) de la révélation ou de la survenance ultérieure de l'élément considéré est

⁵⁵³ A vrai dire la jurisprudence sur ce point manque de netteté : V. J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°209, p. 210, qui relèvent que « sans l'imposer expressément, les arrêts qui prononcent la nullité relèvent souvent que les raisons pour lesquelles la victime de l'erreur s'est décidée étaient connues de son cocontractant ».

⁵⁵⁴ V. not. : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°217 ; J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 210, n°208.

⁵⁵⁵ Dans le cas inverse ce serait un facteur de grande instabilité contractuelle : par le biais d'« essentialisations » d'opportunité, les contractants pourraient se libérer du contrat à peu de frais.

⁵⁵⁶ Sans que cela révèle pour autant une intention de tromper, au sens exigé pour caractériser une réticence dolosive (P. JOURDAIN, préc., p.124). En réalité la jurisprudence semble avoir longtemps hésité à exiger la caractérisation d'un élément intentionnel : Civ.1, 15 mai 2002 ; Civ.1 13 mai 2003. *Contra* : Com, 28 juin 2005 (préc.) ; Civ.1, 25 juin 2015, n°13-23925.

⁵⁵⁷ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°210.

alors équivalent pour l'une comme pour l'autre. En revanche, lorsque le cocontractant de l'*errans* connaissait le caractère essentiel tout en ignorant lui-même ce qu'il en est de la qualité attendue ou lorsqu'il savait que cette qualité était défailante, *mais qu'il laisse malgré tout l'autre conclure le contrat*, la nullité sera encourue en raison de l'inégalité des parties dans l'accès à l'information nécessaire à la formation de prévisions justes : l'une, l'*errans*, ignorait le risque pesant sur l'objet du contrat tel que l'ayant déterminée à consentir, tandis que l'autre, son cocontractant, connaissait *ce risque* (nonobstant l'incertitude pesant éventuellement sur la réalité de la qualité attendue).

En sanctionnant l'erreur commune, tout comme la réticence dolosive, le droit sanctionne donc le profit que le cocontractant de l'*errans* a pu tirer de son silence, ouvrant ainsi la voie, déjà, à l'affirmation d'une obligation positive d'information destinée à combler l'inégalité des parties dans l'accès à l'information.

123. La mise à disposition d'informations vérifiées – L'information utile est d'abord une information *vraie*⁵⁵⁸. La recherche d'une véracité de l'information communiquée, quelle que soit la forme de cette communication, est ainsi une constante. Ainsi, en matière de publicité foncière, l'article 2428 du Code civil prévoit que l'inscription puisse être refusée au terme d'un contrôle *de sa régularité formelle*⁵⁵⁹ et notamment de *l'effet relatif de la publicité foncière*⁵⁶⁰ : il y a donc une recherche *a minima* de la *cohérence formelle* de la « chaîne des inscriptions ». En outre, la véracité des informations déposées se trouve garantie en amont du dépôt puisque *seuls les actes authentiques*⁵⁶¹ peuvent donner lieu à une publication au service de la publicité foncière⁵⁶² : l'intégration de la publicité foncière dans la chaîne de « certification » des actes assurée par le notariat⁵⁶³ en garantit la véracité, et donc l'utilité.

⁵⁵⁸ Le renforcement, en droit de la consommation, de la réglementation de la publicité participe de ce mouvement : répression pénale de la « publicité fautive ou de nature à induire en erreur » par la loi du 2 juillet 1963, création d'une incrimination plus large de « pratique commerciale déloyale » par la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 (articles L. 121-1 et suivants du Code de la consommation).

⁵⁵⁹ Sur ce point : Cf. Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 852 et s. Il ne semble pas historiquement que la création de l'office de « contrôleur des titres » (édit d'Henri III de 1581), de « greffier » (édit de COLBERT du 21 mars 1673), puis de conservateur des hypothèques se soit accompagnée d'une volonté de garantir la véracité des informations compilées sous leur autorité.

⁵⁶⁰ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°383 : « pour que la publication de l'acquisition d'un droit rende cette acquisition opposable aux tiers, il faut que l'acte par lequel l'aliénateur ou le constituant a lui-même acquis le droit qu'il transmet, ait été publié et qu'il soit opposable aux tiers ».

⁵⁶¹ Article 710-1 du Code civil.

⁵⁶² Cette disposition est issue de l'article 4 du décret du 4 janvier 1955, ouvrant une Section II intitulée « Mesures tendant à assurer l'*exactitude* du fichier immobilier », et se justifie par le fait que « la publicité foncière ne joue véritablement son rôle *qu'à la condition d'être sûre* » (L. AYNES, P. CROQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso éditions, 11^e éd., 2017, n°636).

⁵⁶³ Cf. article 1^{er} de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945 relative au statut du notariat. V. L. AYNES, P. CROQ, *op. cit.*, n°636.

La situation est semblable en ce qui concerne les informations enregistrées au RCS : si le greffier n'est tenu que d'un contrôle de régularité⁵⁶⁴, les renseignements fournis aux fins d'enregistrement doivent être *justifiés par la production de pièces originales ou de copies certifiées conformes*⁵⁶⁵. En outre, une procédure stricte de contrôle du dossier est prévue⁵⁶⁶, tant au moment du dépôt de la formalité ou des actes, que tout au long de la vie de l'entreprise⁵⁶⁷, et la communication de fausses informations en vue d'obtenir l'immatriculation est sanctionnée tant sur le plan civil que pénal⁵⁶⁸.

124. Une communication de l'information « en temps utiles » – Le destinataire de l'information doit la recevoir *suffisamment en amont de la survenance de l'évènement pour intégrer dans son acte de volonté l'éventualité qu'il représente*. Ainsi, l'opposabilité aux tiers de la mesure de protection d'un majeur n'intervient par principe que deux mois après que mention en a été portée en marge de l'acte d'état-civil⁵⁶⁹. Cependant, à l'égard des tiers qui avaient personnellement connaissance du jugement, celui-ci leur est opposable sans délai⁵⁷⁰ puisqu'ils ne pouvaient dès lors arguer d'un *effet de surprise* pour un événement qui leur était connu. L'imposition, lors de la conclusion de certains contrats, d'un délai de réflexion procède de la même logique⁵⁷¹. Ainsi une personne souhaitant subir une intervention de chirurgie esthétique doit être informée par le praticien « [...] des conditions de l'intervention, des risques et éventuelles conséquences et complications » quinze jours avant l'intervention⁵⁷². De même l'article L 330-3 du code de commerce impose-t-il, en matière de contrat de franchise, un délai de vingt jours à compter de la remise d'un document informant le futur franchisé de « l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités ». Il s'agit évidemment pour le futur contractant, *une fois reçues les informations*

⁵⁶⁴ Article R. 123-94 du code de commerce.

⁵⁶⁵ P. BEDER, « Registre du commerce et des sociétés », *in. Rép. dr. com.*, janvier 2011 (à jour : avr. 2017), n°179 et s.

⁵⁶⁶ Articles R. 123-139 à R. 123-149 du code de commerce.

⁵⁶⁷ V. P. BEDER, préc., n°227 et s.

⁵⁶⁸ Article L. 123-5 du Code de commerce.

⁵⁶⁹ Article 444 al.1 du Code civil.

⁵⁷⁰ Article 444 al.2 du Code civil.

⁵⁷¹ Article L. 271-1, al.5 du code de la construction et de l'habitation. V. aussi : Article L. 313-34 du code de la consommation (délai de réflexion de dix jours en matière de crédit immobilier).

⁵⁷² Article L. 6322-2 du code de la santé publique.

utiles, de prendre le temps de se déterminer en connaissance de cause, et notamment *au vu de l'ensemble des risques pouvant affecter l'exécution à venir du contrat*⁵⁷³.

Il en va de même de la communication au consommateur via une indication portée sur l'emballage du produit de la date limite de consommation ou de la date de durabilité minimale du produit⁵⁷⁴ : il en va bien sûr de la santé du consommateur (pour la DLC du moins), mais aussi de la possibilité pour lui de prévoir la durée pendant laquelle son achat demeure utile. De même le prix⁵⁷⁵ doit être calculé *toutes taxes comprises*⁵⁷⁶, de façon à éviter la « surprise » que constituerait l'ajout au montant indiqué du coût d'autres prestations que n'avait pas nécessairement pris en compte le consommateur⁵⁷⁷. Par ailleurs « lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le professionnel fournit le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels. Lorsque les frais supplémentaires ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, le professionnel mentionne qu'ils *peuvent être exigibles* »⁵⁷⁸. Il transparaît évidemment ici la volonté du législateur d'assurer, lorsque le prix ne peut être donné de façon certaine, *une prévisibilité de ce qui devra être versé par le consommateur en contrepartie du bien ou du service* : ce qui importe ce n'est pas nécessairement sa détermination certaine, mais le cas échéant la seule prise en compte du risque résidant dans le calcul ultérieur du prix et dans l'ajout d'éventuels frais supplémentaires.

125. L'information sur des événements aléatoires pouvant affecter le contrat – Enfin l'information doit non seulement refléter l'état actuel de la réalité, mais aussi permettre l'anticipation des modifications *pouvant l'affecter dans l'avenir*. Ainsi, par exemple, tant les

⁵⁷³ Cf. J-B GOUACHE, « Chronique de jurisprudence de droit de la franchise », CCC 2015, n° 11, étude 15, n°3 et s.

⁵⁷⁴ Article R. 412-4 du code de la consommation. Pour un dispositif similaire quant à la date limite d'utilisation des médicaments : cf. article R. 5121-138 du code de la santé publique.

⁵⁷⁵ L'article L. 112-1 du code de la consommation dispose : « tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, *par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage* ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation ». Le prix « doit être *à la vue du consommateur*, lequel n'a pas, ni à le rechercher, ni à le demander. En quelque sorte, *le prix est "montrable"* et non pas "quéable" » (J. JULIEN, *op. cit.*, p. 126).

⁵⁷⁶ Article 1^{er} de l'arrêté du 3 décembre 1987 (modifié par l'art. 1^{er} de l'arrêté 2001-12-21 du 29 décembre 2001).

⁵⁷⁷ V. aussi : J. JULIEN, *op. cit.*, n°168, p. 206 sur l'obligation d'informer le consommateur des frais de restitution en cas d'exercice par lui de son droit de rétractation. V. aussi la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 : « lorsque le coût de renvoi des biens ne peut raisonnablement être calculé à l'avance par le professionnel, par exemple parce qu'il pas d'organiser lui-même le renvoi des biens, le professionnel devrait fournir une déclaration indiquant que ce coût sera exigible, et qu'il sera peut-être élevé, assortie d'une estimation raisonnable du coût maximal, qui pourrait se fonder sur le coût de la livraison au consommateur » (considérant n°36).

⁵⁷⁸ Article L. 112-3 du code de la consommation. Nous soulignons.

modifications *actuelles qu'à venir* de la situation juridique d'un immeuble doivent être publiées, y compris celles qui ne sont qu'*éventuelles* car dépendant d'un événement aléatoire. Il s'agit alors de donner à prévoir aux parties la simple *possibilité* d'une modification du statut juridique de l'immeuble⁵⁷⁹, de la rendre *prévisible* par la mise à disposition d'informations utiles à la prise en compte de cette éventualité. Ce faisant le champ du prévisible s'accroît *en dehors même des limites de la stricte certitude* : même incertaine, la survenance de l'événement peut être envisagée comme l'une des possibilités de l'état futur du bien⁵⁸⁰.

B) Le devoir d'information limité par la prévisibilité

126. Introduction – En même temps qu'elle en détermine les conditions techniques de mise en œuvre, la prévisibilité apparaît comme *une limite à l'obligation d'information* : ne doivent être transmises *que* les informations qui rendent le risque prévisible (1), et ce report du risque sur le contractant le plus apte à en connaître ne doit pas, en général, aboutir à *créer pour lui une nouvelle imprévisibilité tenant à l'impossibilité de déterminer le contenu de l'obligation* qui lui échoit, et donc le soumettant à une sanction finalement aléatoire (2).

1. Un risque imprévisible pour le créancier

127. Erreur sur les qualités essentielles et risque imprévu – L'erreur sur une qualité essentielle est toujours la cause de la survenance d'un risque imprévisible. L'erreur peut

⁵⁷⁹ Cf. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°663.

⁵⁸⁰ Le décret n°55-22 du 4 janvier 1955 a d'une part prévu la publication des promesses unilatérales de vente, ainsi que des promesses unilatérales de bail de plus de douze ans (article 37. Auparavant, la loi de 1855 ne prévoyait pas une telle transcription en raison de l'absence d'acquisition de droit réel sur l'immeuble par le bénéficiaire de la promesse. Cf. H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°664) : *l'éventualité d'une levée de l'option constitue en effet un risque* qui doit être pris en compte, même si elle n'emporte aucun effet rétroactif sur la situation de celui à qui est destinée l'information ; d'autre part la publication concerne également *les modifications éventuelles de la situation juridique de l'immeuble* emportant, au cas où elles se réaliseraient, un effet rétroactif. En effet, « lorsqu'un acte [...] est affecté d'une condition, *le droit de propriété de l'acheteur et du vendeur est soumis à un aléa* », puisque la réalisation de la condition, pendant au moment où l'information est mise à disposition, est susceptible de remettre en cause l'acquisition du droit sur le bien. Sur ces hypothèses : V. not : H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°665 (le décret de 1955 marque une évolution : antérieurement, seule était admise la publication d'un droit acquis sous condition résolutoire, dans la mesure où ce droit existe bien immédiatement, certes à la condition que l'événement visé ne se réalise pas. A l'inverse, on refusait la publication d'un droit acquis sous condition suspensive car le droit lui-même était dans ce cas à venir et éventuel : son existence étant suspendue à la survenance d'un événement). De la même façon, lorsque le droit est affecté d'un aléa en raison de « clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité [...] ; de même, les décisions judiciaires constatant l'existence de telles clauses » ainsi que les simples « demandes tendant à faire prononcer la résolution, la révocation, l'annulation ou la rescision de droits résultant d'actes soumis à publicité » (article 28 2° et article 30 §5) doivent être publiées, *car elle font peser un aléa sur la pérennité du droit*. Une telle extension du champ de la publicité foncière est symptomatique d'un souci de protection des intérêts des tiers, qui passe évidemment par la mise en place des conditions d'une prévisibilité des risques pesant sur leurs droits.

d'abord consister dans *l'ignorance d'une caractéristique actuelle* de l'objet du contrat : la révélation ultérieure de l'existence de cette qualité qui n'avait pas été prise en compte, causera un déséquilibre en raison de son caractère imprévu, et constitue donc un risque imprévisible. L'hypothèse est classique et abondamment traitée en jurisprudence, que l'on songe évidemment aux fameuses affaires *BALDUS*⁵⁸¹ et *POUSSIN*⁵⁸², ou aux cas d'annulation de contrats de vente immobilière en raison d'importants défauts de contenance de l'immeuble⁵⁸³. Elle peut aussi consister dans *la croyance erronée dans le caractère actuel d'une qualité seulement éventuelle*, hypothèse classique en matière de vente d'art lorsque se pose la question de l'authenticité de l'œuvre acquise. L'acquéreur d'une œuvre *attribuée* à tel artiste, pourra s'être mépris en croyant à tort dans le caractère certain de cette attribution en réalité aléatoire⁵⁸⁴. La qualité essentielle ici est *la reconnaissance certaine ou non de la paternité de l'œuvre* à travers son intégration officielle dans le catalogue raisonné de l'artiste. Le fait que l'œuvre est ou n'est pas de la main de l'artiste en question est un fait brut qui n'a finalement de valeur que dès lors que cette relation entre l'artiste et l'œuvre *est reconnue comme vraie*. *C'est donc cette reconnaissance que l'acquéreur pensait trouver de façon certaine*, alors que la mention indiquait au contraire l'existence d'un aléa, et donc son caractère seulement éventuel (sous réserve d'une confirmation ou d'une infirmation ultérieure, ce qui constitue un risque pesant sur l'objet du contrat). C'est aussi le cas d'un terrain acquis aux fins de lotissement avec la conviction de son caractère constructible, alors même que le permis de construire n'aurait pas été délivré. Il y a alors un *risque* pesant sur l'objet du contrat *en raison du caractère aléatoire* de la qualité considérée, qui n'avait pas été pris en compte lorsque le consentement a été donné, ce qui constitue bien un vice cause de nullité dès lors que la croyance erronée dans le caractère actuel de l'élément en question s'est avérée déterminante

⁵⁸¹ Cass. 1^{re} civ. 3 mai 2000 : *JCP* 2000.I.272, obs. G. LOISEAU ; *RTDCiv.*2000.566, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *CCC* 2000, comm. 140, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2000.37237, Ph. DELEBECQUE et D. MAZEAUD ; *D.*2002.928, obs. O. TOURNAFOND.

⁵⁸² Civ.1, 17 septembre 2003, Bull. civ. I, n°183 : *JCP* 2004.I.123, n°1 et s., obs. Y-M SERINET ; *Gaz. Palinéa*2004.1049, note CREVEL ; *CCC* 2004, n°2, note L. LEVENEUR. V. aussi : Civ.1, 28 mars 2008, Bull. civ. I, n°95 : *D.*2008.1866, note TREPPOZ ; *JCP G* 2008.II.10101, note Y-M SERINET ; *Dr. et patr.*, févr. 2009, p. 125, obs. L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RLDC* 2008/50, n°3009, obs. C. LE GALLOU ; *RTDCom.*2008.840, obs. B. BOULOC. Dans un premier temps, à la suite d'une expertise ayant mise en doute l'attribution initiale d'un tableau à SARGENT, le vendeur avait accepté d'en réduire le prix. Or il s'est avéré par la suite que le tableau, était de la main de MONET.

⁵⁸³ V. par ex. : Civ.3, 21 mai 2008 (n° 07-10772), Bull. civ. III, n°92 : *CCC* 2008, n°224, obs. L. LEVENEUR ; *RLDC* 2008/52, n°3098, obs. MAUGERI ; *Dr. et patr.*, févr. 2009, p. 214, obs. L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁵⁸⁴ Civ. 1, 22 février 1978 : *G.A.J.C.*, n°147-148 (I) ; *D.*1978.601, note Ph. MALINVAUD ; *RTDCiv.*1979.126, obs. Y. LOUSSOUARN. A l'inverse, lorsque les contractants ont accepté le caractère éventuel de l'attribution d'une œuvre, ils acceptent de ce fait un aléa et ne peuvent (en l'occurrence : le vendeur) ensuite alléguer une erreur vice du consentement lorsqu'est révélée par la suite l'authenticité de cette attribution : Civ.1, 24 mars 1987 (affaire *FRAGONNARD*) : *D.*1987.489, note J-L AUBERT, *JCP* 1989.II.21300, note F. VIEVILLE-MIRAVETE ; Civ.1, 20 mars 2001 : *JCP* 2003.II.10090, note J-F CESARO.

du consentement : le contractant pensait trouver *avec certitude* telle qualité dans l'objet du contrat (il croyait cette qualité *actuelle*), et avait donné son consentement en fonction. A l'inverse, l'un des contractants pourra croire dans le *caractère seulement éventuel d'une qualité en réalité actuelle* au moment où le contrat est passé : il y a alors une croyance erronée dans l'existence d'un aléa inexistant. Le vendeur d'une œuvre d'art cédant par exemple celle-ci à un prix moindre en considération d'une attribution à ses yeux incertaine alors qu'elle est au contraire dénuée de tout aléa. Une dernière hypothèse est celle dans laquelle *le caractère éventuel de la qualité est bien connu, mais où sa réalisation ou sa non réalisation est contraire à ce que les circonstances actuelles permettaient d'envisager avec une probabilité importante*. Les éléments dont disposait le contractant au moment où il a donné son consentement *laissaient alors présager* une issue qui se révèle erronée. C'est ainsi que certaines hypothèses d'erreur sur la rentabilité d'une opération ont pu être admises par exception⁵⁸⁵, lorsque celle-ci constituait un élément essentiel du contrat⁵⁸⁶. Dans chacune de ces hypothèses il apparaît en somme que la méprise n'est pas tant sanctionnée pour elle-même *qu'en raison du déséquilibre ultérieur dont elle est la cause* du fait de la révélation ou de la réalisation d'une qualité ou d'un événement *qui n'avait pas été prévu* lors de la détermination de la volonté ayant donné naissance au contrat.

128. L'imprévisibilité du risque pour l'errans : condition de la sanction – Si l'erreur sur les qualités substantielles sanctionne un risque imprévu, le maintien d'une nécessaire sécurité contractuelle impose de conditionner la sanction au constat de son caractère *imprévisible*. La jurisprudence refuse ainsi avec constance de sanctionner l'erreur lorsqu'elle est inexcusable⁵⁸⁷, c'est-à-dire qu'elle a pour cause une négligence de l'*errans*, un défaut de diligences de sa part. La différence avec le dol est ici marquée, l'article 1139 du code civil

⁵⁸⁵ Par principe en effet, la Cour de cassation considère que la seule erreur sur la rentabilité économique de l'opération contractuelle ne saurait ouvrir à la nullité : V. par ex. : Civ.3, 31 mars 2005, Bull. civ. III, n°81 : *JCP* 2005.I.194, n°6 et s., obs. Y-M SERINET ; *RDC* 2005.1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Dr. et patr.* 2005, n°141, p. 94, obs. L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁵⁸⁶ C'est ainsi que la Cour de cassation a pu décider que l'erreur de rentabilité commise dans le cadre d'un contrat de franchise, à partir de documents d'évaluation « exagérément optimistes » fournis par le franchiseur, était une cause de nullité pour vice du consentement lorsqu'il s'avérait que ces prévisions présentaient « un écart très important [...] avec les chiffres d'affaires réalisés par la société ... » (Com. 12 juin 2012, n°11-19047, *D.*2012.2079, note N. DISSAUX ; *D.*2013.391, obs. AMRANI-MEKKI et MEKKI ; *RTDCiv.*2012.724, obs. B. FAGES ; *JCP* 2012.1151, note Y-M SERINET. Pour une critique : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 205. A rapprocher de : Com. 10 décembre 1985 : *Gaz. Palinéa*1986.1.96. L'imprévisibilité consiste alors dans la trop faible probabilité (cf. J. HEINICH, *op. cit.*, n°93) de l'hypothèse qui a été négligée, mais qui se trouve être celle qui survient.

⁵⁸⁷ V. entre autres : Civ.1, 16 décembre 1964 : *D.*1965.136 : caractère inexcusable de la méprise compte tenu du fait que l'acquéreur était un amateur d'art appartenant à un milieu social élevé (mentions « signé COURBET » et « attribué à COURBET ») ; Soc. 3 juillet 1990 : *D.*1991.507, note J. MOULY ; *RTDCiv.*1991.316, obs. J. MESTRE ; V. aussi : Aix-en-Provence, 13 mars 2014, *Juris Data* : 2014-019282.

dispose en effet que « l'erreur qui résulte d'un dol⁵⁸⁸ est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ». Cette disposition est révélatrice de la raison d'être du mécanisme : la théorie des vices du consentement apparaît comme un ensemble de dispositions ayant pour vocation parfois inavouée de compenser l'inégalité des parties dans l'accès à l'information, *en mettant en œuvre les conditions de la prévisibilité* nécessaire à la formation des prévisions contractuelles, qui consiste à instaurer un partage des informations entre les parties. Il apparaît alors que dans le cas d'une erreur spontanée, la sanction ne pourra intervenir qu'à la condition qu'existe *réellement* une telle inégalité. Le contractant qui s'est trompé en raison d'un défaut de diligences dans la recherche de l'information ne peut donc se prévaloir, aux fins d'obtenir la protection du droit, d'une telle inégalité, puisque celle-ci, de fait, n'existe pas : il lui était possible de connaître l'information qui lui aurait permis d'anticiper la survenance du risque affectant la qualité. *Celle-ci était donc prévisible* pour peu que le contractant se donne la peine de mener des investigations *qui étaient à sa portée*⁵⁸⁹. A l'inverse, dans l'hypothèse d'une erreur consécutive à un dol (positif) l'inégalité, qui n'existait peut-être pas initialement, *est créée par la ruse* employée pour tromper, laquelle met en quelque sorte un obstacle artificiel à la connaissance de l'information par l'*errans*⁵⁹⁰. Quand bien même l'*errans* aurait été en mesure d'accéder à la connaissance de l'information, il convient alors de tenir compte de l'obstacle mis par l'une des parties à une formation de prévisions vraies pour accueillir la demande en nullité.

2. Un risque prévisible par le débiteur

129. La prévisibilité du risque de sanction en cas de silence – L'exigence d'une erreur commune signifie que le cocontractant de l'*errans* doit avoir eu connaissance *du caractère essentiel pour ce-dernier de cette qualité*. Le caractère commun de l'erreur est donc *une*

⁵⁸⁸ Et non d'une *réticence* dolosive : il nous semble opportun d'adopter une interprétation stricte de la loi ici, et de ne pas voir dans cette formulation une consécration de la jurisprudence malheureuse de la troisième chambre civile du 21 février 2001, n°98-20817 : *JCP* 2002.II.10027, note C. JAMIN ; *D.*2001.3236, obs. L. AYNES ; Civ.1, 18 janvier 2005, n°03-15115 ; Com. 13 février 2007, n°04-16520. Pour une critique : C. MOULY, « Une règle de nature à induire en erreur : la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D.*2012.1346.

⁵⁸⁹ Civ.1, 10 mars 1993, n°91-12319, Bull. civ. I, n°111 : approuvant une cour d'appel d'avoir rejeté la réticence dolosive au motif que « même profane en la matière, M. X... pouvait, à la seule vue du véhicule, se convaincre de son mauvais état et de son usure importante, *qui rendait " parfaitement prévisible* pour tout acheteur normalement avisé " le défaut de compression du moteur ».

⁵⁹⁰ Dans le cas de l'erreur provoquée par un dol au sens classique du terme : une ruse, un mensonge.

*garantie de prévisibilité du risque de remise en cause du contrat*⁵⁹¹ : dans le cas contraire « le cocontractant risquerait de subir un préjudice injustifié, en voyant prononcer une nullité qu'il ne pouvait pas prévoir »⁵⁹².

L'idée qui prévaut ici doit être étendue à l'ensemble du système du devoir d'information : la détermination de son contenu implique une limitation à la seule information nécessaire à la formation du consentement⁵⁹³. Dans une première vision le contenu du devoir d'information est déterminé par rapport à *la nature du contrat*, critère détaché de toute considération subjective. Une telle vision, qui a l'avantage d'une grande stabilité, ne permet pas cependant de prendre réellement en considération *le mouvement psychologique de détermination de la volonté*⁵⁹⁴. Une vision plus solidaire pourrait conduire en sens inverse à considérer que tout ce qui de près ou de loin détermine le consentement d'une partie est susceptible d'être l'objet du devoir d'information dès lors que le cocontractant ne peut se prévaloir lui-même d'une ignorance non fautive. Entre ces deux extrêmes, un auteur a proposé le critère beaucoup plus satisfaisant de la *pertinence de l'information*⁵⁹⁵ : « c'est à dire un fait qui se rapporte à l'objet des obligations nées du contrat et utile pour le cocontractant »⁵⁹⁶. La notion de pertinence, faisant référence à « la relation dont on vérifie l'existence ou le défaut *en supposant transmise l'information* et en se demandant si cette transmission supposée *peut permettre d'éviter le préjudice subi par le créancier* »⁵⁹⁷. Cette analyse permet d'adopter une position médiane, tout en situant la problématique de l'obligation d'information dans sa perspective naturelle qui est de permettre la prévision d'un risque, et non simplement de connaître la réalité actuelle de l'objet du contrat.

130. Exigence d'un double critère de prévisibilité – L'idée de limiter le devoir aux seules informations prévisibles par le débiteur de celui-ci est une condition importante de l'équilibre du mécanisme de report du risque sur le « mieux sachant ». Ainsi, et sauf circonstances particulières, le débiteur de l'information ne pourra se voir reprocher un manquement *dès lors qu'il n'avait pas les moyens lui-même de prévoir la possible survenance ou révélation*

⁵⁹¹ On a ainsi relevé que « psychologiquement, exiger cette condition est hors de propos : l'état d'esprit d'une personne n'a rien à voir avec l'altération du consentement d'une autre » (J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 210).

⁵⁹² *Idem, ibid.*

⁵⁹³ V. not. les développements que Mme le Professeur FABRE-MAGNAN consacre à l'élément matériel de l'obligation d'information : M. FABRE-MAGAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015, p. 122 et s.

⁵⁹⁴ Une erreur portant sur la valeur de la prestation ou sur un mobile ne pourra dès lors être pris en compte, malgré le caractère éventuellement déterminant du consentement de cet élément : *idem*, n°165.

⁵⁹⁵ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p.132 et s. Nous soulignons.

⁵⁹⁶ *Idem*, p. 133. Nous soulignons.

⁵⁹⁷ *Idem*, p. 135. Nous soulignons.

*ultérieure d'un élément déterminant du consentement de son cocontractant*⁵⁹⁸. Si l'existence d'une inégalité dans l'accès à l'information ou d'une confiance particulière justifie que le droit opère un transfert de la charge du risque vers celui qui est le mieux à même de le prévoir, cela implique de manière évidente que l'on ne puisse reprocher à une partie de n'avoir pas informé l'*errans* de l'existence d'un risque qui pour elle-aussi était imprévisible⁵⁹⁹. Ainsi du chirurgien qui, quoique tenu d'obtenir, avant tout acte médical, le consentement de son patient particulièrement éclairé par une information pertinente⁶⁰⁰, ne peut se voir reprocher un défaut d'information dès lors que l'élément découvert en cours d'intervention n'était pas prévisible avant⁶⁰¹. Ou encore du professionnel du droit qui ne pourra se voir reprocher un défaut d'information par son client lorsqu'il ne lui était pas possible d'anticiper raisonnablement une évolution légale ou jurisprudentielle⁶⁰². Le juge du droit a ainsi eu l'occasion de se prononcer⁶⁰³, sur la mise en œuvre de la responsabilité d'un notaire dont une cour d'appel avait retenu la responsabilité pour ne pas avoir informé ses clients des exigences de forme applicables à la rédaction d'un mandat qui découlaient d'une

⁵⁹⁸ V. par ex. : Aix-en-Provence, 11 juin 2015, JurisData : 2015-014949 (pas de réticence dolosive des vendeurs dès lors que l'ampleur des travaux n'était pas prévisible lors de la vente) ; Grenoble, 19 janvier 2016, JurisData 2016-000784 (pas d'obligation d'information du vendeur sur un projet immobilier sur la parcelle limitrophe dès lors que la demande de permis de construire ayant été déposée postérieurement à la date de signature du compromis, il ne pouvait en avoir connaissance à cette date). En sens inverse : Chambéry, 17 mars 2015, JurisData : 2015-007046 (défaut d'information par le vendeur sur la nécessité de travaux et leur coût pourtant prévisible) ; Nîmes, 4 septembre 2014, JurisData : 2014-026491 (réticence dolosive caractérisée dès lors que le vendeur a volontairement omis d'informer l'acquéreur d'un projet de travaux qui rendait prévisible une chute de l'activité commerciale).

⁵⁹⁹ L'imprévisibilité devant ici être appréciée en fonction des degrés qui peuvent affecter l'obligation pour le débiteur de *se renseigner*, notamment lorsqu'il est tenu d'une obligation renforcée de conseil ou de mise en garde. On retrouve cette idée en droit des assurances : l'assuré, qui par une inversion exceptionnelle du processus classique de formation des contrats est considéré comme étant le pollicitant (V. not. : R. BOUT, « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », in. *Mélanges offerts à J-L AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 45 et s.) est tenu de répondre exactement aux questions posées par l'assureur via notamment le formulaire de déclaration des risques (article L 113-2 2° du code des assurances). L'obligation de bonne foi se trouve ici renforcée dans les deux sens. En effet, certes « l'assureur, qui apporte une garantie souvent exprimée en des termes complexes, fondée sur des appréciations techniques d'une approche difficile, doit mettre sa qualification professionnelle au service du preneur d'assurance, afin que celui-ci ne pâtisse pas de sa naturelle incompétence. Mais surtout, *le preneur d'assurance doit mettre l'assureur en mesure d'apprécier les éléments sur lesquels il calcule sa prestation*. Il doit ainsi manifester un haut degré de bonne foi lorsqu'il déclare le risque au moment de la conclusion du contrat » (*idem*, p. 47). L'assureur ne peut en revanche se prévaloir d'un silence de l'assuré gardé sur des éléments qui ne faisaient pas l'objet d'une demande spécifique de sa part (Ch. mixte, 7 février 2014, n°12-85107, Bull. ch. mixte, n°1). En effet « le risque étant une notion complexe, l'assuré maîtrise le plus souvent mal les circonstances qui sont de nature à permettre son appréciation par l'assureur » (A. PELISSIER, « La déclaration de risques en questions », *D.2014.1074*, spéc. p. 1075).

⁶⁰⁰ Article L. 1111-2 du code de la santé publique.

⁶⁰¹ J. PENNEAU, « Médecine (Réparation des conséquences des risques sanitaires) », in. *Rép. dr. civ.*, décembre 2013 (à jour : juin 2017), n°74 et 111 et s.

⁶⁰² V. par ex. : Civ. 1, 25 novembre 1997, n°95-22240 : Bull. civ. I, n°328 : *Defrénois* 1998.354, obs. J-L AUBERT ; *JCP G* 1998.I.144, n°23, obs. G. VINEY ; *RTDCiv.*1998.210, obs. N. MOLFESSIS ; *idem*, p. 367, obs. J. MESTRE ; Civ. 1, 15 décembre 2011, n°10-24550 : Bull. civ. I, n°214 : *Resp. civ. et ass.* 2012, comm. 110, obs. S. HOQUET-BERG.

⁶⁰³ Civ. 1, 12 octobre 2016, n°15-18659 (publié) : *Gaz. Palinéa*2016, n°38, p. 52, obs. C. BERLAUD ; *RDC*.2017.48, note S. PELLET.

décision de la Cour de cassation rendue quelques mois auparavant. Les juges du fond considéraient en effet « qu'il incombe au notaire de se tenir constamment informé de l'évolution du droit positif, afin d'être en mesure d'assurer l'efficacité juridique de ses actes et de conseiller ses clients ». La haute juridiction a, au contraire, censuré la décision au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché « si l'arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1988 avait fait l'objet, à la date de l'intervention du notaire, *d'une publication ou de toute autre mesure d'information* » et si « l'évolution de la jurisprudence interprétant ces dispositions et relative à la protection de la caution *rendait prévisible*, à la date de l'intervention du notaire, une évolution comparable de la jurisprudence interprétant les mêmes dispositions et relative à la protection de celui qui confiait à un tiers le mandat de souscrire en son nom un engagement de se porter caution par acte authentique »...

Il y a là finalement une *application double du critère de la prévisibilité du risque* de sorte que l'existence d'une obligation d'information dépend de la caractérisation simultanée d'une imprévision excusable de l'un et d'un silence inexcusable de l'autre : *l'existence du risque devant être imprévisible pour le créancier et prévisible pour le débiteur de l'information*.

131. Conclusion de la sous-section 2 relative à l'utilité de l'information – L'émergence puis le développement contemporain d'un devoir général d'information, justifiée par la bonne foi qui doit régner entre les contractants, est indéniablement le symptôme d'un renforcement de l'exigence de maîtrise des risques contractuels. A travers la communication à la partie la plus faible de tous éléments *actuels* utiles, c'est moins à la connaissance actuelle des éléments déterminants du consentement que s'attache le droit, *qu'à la prévision des risques tenant à la révélation ou à la survenance de tel ou tel élément, postérieurement à la conclusion du contrat*. La spécificité du mécanisme contractuel exige pourtant que le devoir d'information soit enfermé dans certaines limites techniques dont il a eu souvent tendance à s'émanciper en raison de son fondement à connotation moraliste (la bonne foi) qui apparaît impropre à poser d'autres limites que celles, subjectives, qui résident dans la seule utilité de l'information pour son créancier. Un encadrement objectif apparaît pourtant possible. Son critère est la prévisibilité de l'événement perturbateur considéré : *l'information ne sera due que si le risque était prévisible par le débiteur et imprévisible pour le créancier*.

132. Conclusion de la section 1 relative à la connaissance de l'avenir – Le mouvement contemporain du droit des contrats manifeste un développement constant des mécanismes de connaissance de l'avenir. Le passage d'une mise à disposition impersonnelle *vers une*

communication de plus en plus personnalisée, c'est-à-dire prenant en compte les besoins particuliers du créancier de l'information, s'est en outre accompagné d'un renforcement des procédures de contrôle de l'utilité de l'information. Celle-ci, en effet, n'est pas tant donnée pour elle-même ou pour assurer une connaissance *actuelle* de l'objet, mais pour permettre, de façon plus lointaine, l'anticipation des risques susceptibles de peser sur l'avenir de la relation contractuelle. Une telle explication n'est pas nouvelle : elle était déjà sous-jacente dans la théorie classique des vices du consentement, mais le développement d'un devoir général d'information lui a donné une ampleur remarquable. Désormais la recherche de la prévisibilité contractuelle apparaît comme le rouage essentiel du système d'information des contractants : *lui conférant une portée de plus en plus grande en même temps qu'il a vocation à l'enfermer dans des limites techniques strictes.*

La prévision-conjecture ouvrant à la prévision-anticipation⁶⁰⁴, il appartient désormais aux parties informées de déterminer l'avenir en considération de cet avenir connu...

Section 2 : L'organisation de l'avenir

133. Introduction – La prévision est un terme polysémique⁶⁰⁵. Elle vise tout autant l'intervention humaine active et *a priori* sur l'avenir, que la simple prise de « précautions » qui n'ont d'intérêt qu'*éventuel*, dans le cas où un risque se réaliserait et commanderait ainsi leur mise en œuvre. On aurait tort cependant d'établir une séparation conceptuelle stricte entre ces deux acceptions du terme : en réalité il y a une interaction permanente des deux processus : l'organisation de l'avenir ne peut se faire sans « imaginer le contenu du futur pour rendre l'accord compatible avec l'évolution des variables dont l'opération contractuelle dépend »⁶⁰⁶ ; et les précautions que l'on prend *au cas où* un risque, prévu mais incertain, se réaliserait, n'ont d'utilité que parce qu'elles portent elles-mêmes une force de détermination *a priori* de l'avenir, certes soumise à une éventualité, mais tout de même dotée d'un pouvoir de contrainte.

L'application de ces définitions générales au contrat est d'une grande richesse, tant celui-ci apparaît comme un mécanisme dédié à la prévision dans ces deux acceptions, tout en rendant nécessaire la prise en compte des particularismes inhérents à sa nature propre de mécanisme *juridique* qui peut receler un certain nombre de faiblesses : la norme *sanctionnable* par

⁶⁰⁴ Cf. *supra* n° 4 et s.

⁶⁰⁵ *Idem, ibid.*

⁶⁰⁶ J-M MOUSSERON, préc., n°2.

laquelle il est amené à réguler les faits sociaux ne peut avoir d'effet *qu'à l'égard des sujets de droit*, laissant hors de son champ d'action les causes très diverses des risques extérieurs à ceux sur lesquels s'exerce son empire. Qu'il organise l'avenir, ou qu'il prévoit *a priori* un certain nombre de mécanismes éventuels au cas où un risque *prévu* se réaliserait, le droit ne peut donc jamais agir qu'à travers une régulation des comportements d'application certaine ou incertaine (lorsqu'elle est déclenchée par la réalisation d'un événement aléatoire), *mais dont les parties au contrat ont une connaissance actuelle* dès la conclusion du contrat. Ce faisant, la détermination de l'avenir contractuel a pour conséquence, autant que pour condition préalable, une prévisibilité de l'avenir enserré dans le champ contractuel.

134. Annonce du plan – L'analyse des mécanismes juridiques en jeu conduit donc à prendre en compte ces deux réalités au moment de la conclusion du contrat, et révèle une quête de prévisibilité globale, tant par l'organisation actuelle de l'avenir contractuel (**sous-section 1**), que par l'anticipation de la confrontation éventuelle des prévisions et du risque (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Un avenir déterminé

135. Annonce du plan – Le droit des contrats, à travers l'article 1103 du Code civil, offre aux parties la possibilité de créer une norme juridique de nature conventionnelle, par laquelle elles peuvent déterminer, de façon efficace, leur avenir aussi tenu soit-il (§1). Les prévisions ainsi formées bénéficient de la part du droit d'une protection destinée à assurer leur intangibilité de principe (§2) face aux événements perturbateurs.

§1 : Efficacité de la norme contractuelle

136. Annonce du plan – Le caractère normatif de cet acte de volonté qu'est le contrat trouve sa source dans la loi (A) qui sanctionne la rencontre de deux volontés, et confère un caractère obligatoire au contenu prévisionnel sur lequel cette rencontre s'est faite (B).

A) Source de la normativité du contrat

137. L'existence d'une prescription juridique – La norme est « une signification prescriptive d'un acte de volonté »⁶⁰⁷. Elle pose un modèle abstrait de comparaison, et dans son domaine propre – la régulation des comportements des hommes en société – la norme juridique est « le "type concret" ou la "formule abstraite" de *ce qui doit être* dans les relations juridiques »⁶⁰⁸. La norme porte nécessairement une prescription, destinée « à ordonner des relations sociales en imposant des comportements déterminés [...] »⁶⁰⁹.

Au-delà des débats doctrinaux, anciens et connus, portant sur la justification de la force obligatoire des conventions telle qu'en dispose l'article 1103 du Code civil⁶¹⁰, il semble indéniable que le contrat est porteur de telles prescriptions juridiques à destination des parties qu'il lie⁶¹¹ : « dire que le contrat a force obligatoire, c'est dire que l'accord des parties *crée une nouvelle norme juridique* [qui] va servir de référence au juge lorsqu'il sera chargé de régler un litige entre les parties »⁶¹².

138. L'article 1103 du Code civil⁶¹³ : *aux sources de la force obligatoire* – Le parallélisme formulé par l'ancien article 1134 du Code civil, conservé dans le nouveau texte (art. 1103) issu de la réforme de 2016, entre les conventions légalement formées et la loi fut et reste encore une source inépuisable de controverses doctrinales⁶¹⁴. L'opposition est connue qui met

⁶⁰⁷ E. MILLARD, « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du C. constit.* n°21, Janvier 2007, p. 61. V. aussi : H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, PUF, 1996, p. 2 et s.

⁶⁰⁸ J-L BERGEL, *op.cit.*, n°31. Pour AMSELEK, les règles de droit indiquent « aux hommes auxquels elles sont adressées et communiquées, la mesure de leur possibilité d'agir, afin qu'ils ajustent leur conduite sur cette norme, qu'ils s'y confrontent : les règles ou normes juridiques sont, en ce sens, des mesures à suivre, à observer, à respecter dans les réalisations que les hommes accomplissent » (P. AMSELEK, « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits*, n°6, 1987, p. 131).

⁶⁰⁹ *Idem, ibid.*

⁶¹⁰ M. GOUNOT relevait ainsi que « l'article 1134 [désormais 1103], loin de nous fournir une conception doctrinale ferme et précise, se borne à poser un problème qu'il ne résout pas », laissant ainsi le champ libre à la diversité des explications doctrinales. Pour une synthèse : C. JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.*2002.901.

⁶¹¹ Pour M. DE BECHILLON l'effet relatif du contrat ne fait pas obstacle à sa normativité (Cf. D. DE BECHILLON, « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA* 1992.15 et s.).

⁶¹² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDCiv.*1999.771, n°3. V. aussi P. PUIG, « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative », *in*. S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (s. la dir.), *La contractualisation de la production normative*, Acte du colloque des 11, 12 et 13 octobre 2007 à Lille, Dalloz, 2008, p. 285 : l'auteur montre que le mouvement de contractualisation du droit entraîne le contrat à être lui-même un instrument de production de la norme et en fait une véritable source de droit.

⁶¹³ Sur les diverses lectures de cet article V. not. : J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013, p. 475 ; J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°151 et s.

⁶¹⁴ V. entre autres : C. JAMIN, préc. ; J-P CHAZAL, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTDCiv.*2001.265 ; L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du C. constit.* n°17, 2004, p. 77.

aux prises les tenants d'une vision libérale du contrat fondée sur l'autonomie de la volonté⁶¹⁵, et ceux d'une conception que l'on pourrait dire *sociale*⁶¹⁶, dans laquelle l'Etat est appelé à jouer un rôle de régulateur, et c'est alors de sa conformité à l'ordre public que le contrat tirera sa légitimité et méritera la sanction étatique⁶¹⁷. Ce débat doit être évoqué car il emporte des conséquences d'importance en fonction de l'assise qui est donnée à la force obligatoire du contrat. Pour LAROMBIERE, tenant de l'analyse autonomiste, « ce n'est pas la loi qui crée l'obligation qui en résulte ; elle la reconnaît seulement, la consacre et la garantit. *Ce sont les contractants eux-mêmes qui s'obligent, parce qu'ils en ont la volonté, et que, en ayant la volonté, ils en ont le pouvoir.* Alors la convention leur tient lieu de loi »⁶¹⁸. La loi serait donc une simple caution d'un effet obligatoire déjà né du simple fait qu'il a été voulu.

Mais comment expliquer alors que cette même volonté ne se maintenant plus dans sa direction initiale lorsqu'elle est confrontée à un événement défavorable se réalisant au cours de l'exécution du contrat, le droit refusa pendant plus d'un siècle de réévaluer les intérêts en présence afin de modifier en conséquence l'accord initial ?⁶¹⁹ Le fondement volontariste de la force obligatoire se heurte immanquablement à l'argument formulé en son temps par ROUHETTE : comment expliquer que la « volonté passée, morte, [...] l'emporte sur la volonté vivante, actuelle »⁶²⁰ ?

139. L'article 1103 : instrument de la pérennité de la volonté contractuelle – Le contrat n'est pas une adhésion de tous les jours : une fois formé, l'efficacité juridique de l'accord implique *une stabilité dans le temps de ce qui a été voulu*, qui ne peut exister que parce que la prescription contractuelle reçoit sa sanction *de l'extérieur*, par son insertion, ainsi que l'a

⁶¹⁵ Du grec : *autonomos* : qui se donne sa propre règle, à l'inverse d'*hétéronome*, qui signifie que la loi est reçue de l'extérieur. V. not. : E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912.

⁶¹⁶ C. JAMIN, préc., p. 901.

⁶¹⁷ V. la thèse fondatrice d' E. DURKHEIM : *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, 11^e éd., 1986. V. par ex. : P-Y GAHDOUN, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, mars 2011, p. 53: « lorsque deux individus décident de nouer un rapport contractuel, il le font en principe en toute liberté quant au contenu et quant à la forme du futur contrat. Ce principe de « liberté contractuelle », essentiellement centré sur la formation du contrat est néanmoins très relatif en raison d'une abondante législation visant à encadrer plus ou moins fortement la conclusion des différentes conventions [...]. L'hypothèse d'une entière liberté de création des individus est un leurre : quelle que soit la convention, qu'elle soit ou non « innommée », elle devra respecter, au minimum, le droit commun des obligations et les dispositions impératives du Code civil ».

⁶¹⁸ LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations*, DURAND & PEDONE-LAURIEL, t. 7, 1885, p.390. V. aussi H. & L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, p. 845. Un auteur remarque ainsi que « si les conventions "tiennent lieu de loi", c'est seulement à "ceux qui les ont faites", suggérant ainsi que la force obligatoire du contrat vient de la volonté propre des parties s'étant données cette loi » (M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016, p. 91, n°74).

⁶¹⁹ Cass. civ., 6 mars 1876 (*Canal de Craponne*) : D.1876.1.193 ; S.1876.1.161 ; G.A.J.C., n°165. Cette jurisprudence, on le sait, n'est plus d'actualité depuis que l'ordonnance du 10 février 2016 a admis, à l'article 1195 du Code civil, la possibilité de demander la révision du contrat pour imprévision.

⁶²⁰ V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, p. 169.

démontré KELSEN, dans un ordre juridique préexistant⁶²¹. Prenant place dans la hiérarchie des normes⁶²², le contrat est donc lui aussi une norme⁶²³, qui ne se distingue des autres que par son mode de création⁶²⁴. La norme contractuelle échappe de cette façon à l'emprise ultérieure des volontés individuelles : « le sujet [...] ne peut pas se libérer unilatéralement du lien ainsi créé [...] en cessant de vouloir, en ne voulant plus ce qu'il a voulu au moment de la conclusion de la convention »⁶²⁵, car « la convention subsiste même si un des sujets n'a plus la volonté manifestée lors de la conclusion »⁶²⁶.

La normativité du contrat apparaît alors subordonnée, ou à tout le moins dérivée, de la norme légale⁶²⁷, la force obligatoire étant la sanction juridique du contenu contractuel créé par le concours des volontés des parties⁶²⁸. En effet, « pour qu'un rapport de fait soit obligatoire et devienne un rapport de droit, il faut qu'il soit susceptible d'être sanctionné par la contrainte »⁶²⁹. La force obligatoire n'est ainsi finalement que le droit qu'ont ceux qui se prévalent de la norme contractuelle, de poursuivre l'exécution du contrat devant un juge, et d'obtenir que le contractant défaillant y soit éventuellement contraint par la puissance publique ou répare le dommage qu'il a ainsi causé.

L'article 1103 du Code civil est alors la garantie d'une *stabilité*, non point des volontés contractuelles considérées sous l'angle psychologique, mais de ces volontés *arrêtées sur un contenu* visant plus ou moins à déterminer l'avenir sur un certain objet.

B) Effet de la normativité du contrat

140. *Le maintien dans le temps d'une relation volontaire prévue* – Le principe de la force obligatoire des conventions a une origine ancienne. Il se retrouve quasi à l'identique sous la

⁶²¹ Pour KELSEN, « la convention est obligatoire dans la mesure où l'ordre juridique la considère comme un état de fait créateur de droit ; ou, en d'autres termes, dans la mesure où une norme d'un degré supérieur (la loi ou une norme coutumière) autorise les sujets à créer (par délégation) une norme d'un degré inférieur » (H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD* 1940.33).

⁶²² M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, coll. Université, 2017, not. p. 57, n°77 : « la volonté ne puise pas le pouvoir d'option en elle-même : elle ne soumet pas les différents corps de règles à sa propre force normative. Elle est placée au cœur de l'application des normes par les normes elles-mêmes. Ce sont en effet les réglementations étatiques et interétatiques qui déterminent le domaine de ce qui peut être soumis à option et ce qui ne l'est pas. L'encadrement de l'exclusion procède de la norme, qui détermine elle-même si elle peut ou ne peut pas être écartée [...]. La volonté s'exerce donc dans le cadre ainsi tracé ».

⁶²³ V. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°211.

⁶²⁴ Sur ce point : *idem*, p. 212. V. aussi : P-Y GAHDOUN, préc., p. 51 : « le contrat est bien une norme, une « loi » caractérisée par sa multilatéralité, son caractère « commun » l'opposant en cela aux actes juridiques marqués par l'unilatéralité dont la loi est l'exemple le plus saillant ».

⁶²⁵ H. KELSEN, cité par J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, p. 166, n°212.

⁶²⁶ *Idem, ibid.*

⁶²⁷ V. not. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1992, p. 170 s. V. aussi du même auteur : « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p.33 s.

⁶²⁸ P. ANCEL, préc., n°5.

⁶²⁹ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°147, p. 117.

plume de DOMAT, qui enseignait déjà : « les conventions étant formées, *tout ce qui a été convenu* tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun [...] »⁶³⁰.

La force obligatoire enjoint aux parties de tenir leurs promesses. L'idée est évidemment celle d'une pérennité de la volonté dans le temps : que le contrat soit instantané ou à exécution successive, qu'il porte sur un simple échange ou qu'il soit un contrat-organisation⁶³¹, le principe demeure le même : « pourvu que le contrat soit formé, il s'impose aux parties : le créancier pourra exiger l'exécution de l'obligation convenue »⁶³².

141. Force obligatoire et intangibilité des prévisions – Contenu du contrat et force obligatoire sont donc indissociables⁶³³ : celle-ci en effet « ne signifie pas seulement que le débiteur est tenu d'exécuter ses obligations et qu'il y sera éventuellement contraint par l'autorité publique, qui veille au respect des contrats comme à l'observation de la loi. Elle signifie, en outre, que les obligations qui doivent être exécutées sont, en principe, *toutes celles, mais celles seulement qu'ont voulues les parties* »⁶³⁴. La force obligatoire assure non seulement l'effectivité des obligations convenues, mais encore de celles-ci *dans l'état arrêté au moment de la formation du contrat*⁶³⁵ : elle fige le contenu du contrat à travers le temps de sa réalisation escomptée, et empêche donc toute modification ultérieure ou toute velléité de remise en cause qui ne procéderait pas d'une nouvelle rencontre des volontés qui étaient à l'origine de la norme contractuelle initiale. « Le lien contractuel, souligne un auteur, a pour base *non la volonté dans sa réalité psychologique, c'est-à-dire dans sa mobilité, mais la volonté initiale* qui s'est exprimée lors de la conclusion du contrat et dont chaque partie est désormais prisonnière »⁶³⁶. Les engagements pris devant être tenus, les conventions sont donc intangibles et irrévocables. Intangibles parce que « le contrat se trouve *définitivement fixé dans son contenu* à l'égard de chacune des parties. Chacune d'elles doit exécuter ses

⁶³⁰ DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, Paris, 1746, Livre I, Titre I, Section II, VII. Le principe de force obligatoire apparaît comme la transcription légale du principe plus général *pacta sunt servanda*, cher aux canonistes pour lesquels il revêt une résonance morale prononcée (V. H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n°308).

⁶³¹ V. par ex. appelant à dépasser cette classification: S. LEQUETTE, *Le contrat-coopération : Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. BRENNER, Economica, 2012.

⁶³² G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t.1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1987, n°246.

⁶³³ V. not. G. WICKER, « Force obligatoire et contenu du contrat », in. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET (s. la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151 et s.

⁶³⁴ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°377. Souligné par l'auteur.

⁶³⁵ V. cependant sur ce point l'évolution induite par la réforme, notamment en raison de l'introduction de la révision pour imprévision (sur laquelle cf. infra) : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 47.

⁶³⁶ G. MORIN, « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *APD* 1940.8.

obligations telles que celles-ci avaient été déterminées et suivant les modalités arrêtées »⁶³⁷. Irrévocables, car ce que les deux volontés en présence ont noué, seules ces deux mêmes volontés doivent pouvoir le défaire.

La force obligatoire apparaît donc comme un instrument de prévisibilité : en permettant la détermination *ab initio* de l'avenir contractuel et en postulant l'intangibilité de ces prescriptions à travers les aléas qui ne manqueront pas de surgir, le droit, s'il ne lui est pas possible d'empêcher leur réalisation, peut néanmoins *isoler le contrat* en mettant le contenu prévisionnel hors d'atteinte des événements imprévisibles perturbateurs.

§2 : Protection de la norme contractuelle

142. Introduction – Le droit offre donc en théorie aux parties la garantie d'une stabilité de leur situation juridique en l'état qui a déterminé le consentement, en assurant la stabilité des prévisions tant à l'égard du risque extérieur à la relation⁶³⁸ qu'à celui qui émane des parties elles-mêmes⁶³⁹. Le principe d'intangibilité fait en effet obstacle, *en principe*, à toute remise en cause que ce soit par le législateur (A) ou par le juge appelé à se prononcer sur le contrat par l'une des parties (B)⁶⁴⁰. Pourtant de nombreuses exceptions viennent tempérer ces principes, à tel point qu'il est légitime de se demander si ces manifestations d'une nécessaire souplesse ne sont finalement pas de nature à remettre en cause le principe...

A) L'intangibilité du contrat et le législateur

143. Le principe (très relatif) de la survie de la loi ancienne – L'article 2 du Code civil, siège du principe de non rétroactivité des lois, garantit la stabilité des prévisions contractuelles, à travers le principe de *survie de la loi en vigueur au moment de la conclusion du contrat*⁶⁴¹ :

⁶³⁷ G. PAISANT, « Introduction », in. *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & patr., n°58, mars 1998, p. 42.

⁶³⁸ Le changement du contexte économique rendant *plus difficile* l'exécution de son obligation par une partie en est un bon exemple. Si le droit est en soi impuissant à prévenir un tel risque qui dépend de causes extérieures, il a longtemps empêché, *en amont*, ce risque de produire des effets sur le contrat en refusant qu'il soit la cause d'une éventuelle atteinte à l'intangibilité des obligations convenues. L'introduction de la révision pour imprévision à l'article 1195 du Code civil, engage néanmoins à réévaluer cette analyse classique (cf. *infra* n°56 et s.).

⁶³⁹ A l'égard des parties, l'article 1103 du code civil assure l'effectivité du contenu du contrat par l'effet prophylactique de la responsabilité contractuelle Cf. Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°4.

⁶⁴⁰ Selon les mots célèbres de CARBONNIER : « une fois le contrat formé, chaque partie peut, en quelque manière s'y retrancher et, de là, repousser toute imixtion de la puissance publique (l'autre contractant eût-il appelé celle-ci à son aide). Ni le juge ne peut réviser le contrat, ni le législateur l'altérer » (J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1946.

⁶⁴¹ Le « principe » de survie de la loi ancienne en matière contractuelle est en réalité bien moins absolu que ce qu'on a tendance à enseigner de nos jours. Le doyen BACH (« Conflits de lois dans le temps », in. *Répertoire de droit civil*, mai 2006, à jour : juin 2016, n°557 et s.) note son apparition relativement tardive en jurisprudence – milieu du XIX^e siècle – et en situe le fondement idéologique dans la théorie alors dominante des *droits acquis*.

elle continuera à régir le contrat dans tous ses effets nonobstant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La Cour de cassation l'affirme dès 1861 : « les contrats passés sous l'empire d'une loi ne peuvent recevoir aucune atteinte par l'effet d'une loi postérieure »⁶⁴². Cette solution constante s'explique⁶⁴³ par le fait que « *le respect des prévisions initiales des parties* justifie que le contrat demeure dans toute son exécution sous l'empire de la loi contemporaine de sa naissance »⁶⁴⁴. Depuis ROUBIER, il est classique de distinguer les effets du contrat selon qu'ils prennent place avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle : dans le premier cas, l'application du principe de non rétroactivité interdit que leur soient appliquées les dispositions nouvelles ; dans le second, par dérogation à l'application immédiate de la loi aux situations en cours, on continuera à appliquer aux effets à venir la loi en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Le Conseil d'Etat a cependant semblé adopter une autre conception en décidant qu'« une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même *un caractère rétroactif* »⁶⁴⁵. Dans cette analyse « les effets du contrat sont [...] intégralement concentrés au moment de leur détermination, c'est-à-dire au jour de la conclusion du contrat. C'est en effet à cet instant que les prévisions des parties sont élaborées, en contemplation et en conformité avec la législation applicable »⁶⁴⁶.

Quoi qu'il en soit, l'une et l'autre de ces conceptions procèdent en réalité du même souci d'assurer aux parties que ce qu'elles ont convenu ne saurait être remis en cause par un changement ultérieur de l'ordonnement juridique. Dans la vision classique « la survie de la loi ancienne est pour eux une exception au principe de l'application immédiate des lois, *aménagée pour respecter l'acte de prévision* » que constitue le contrat »⁶⁴⁷. Quant à la

Reste qu'à partir de son apparition, il s'établit solidement, et tend à devenir un principe d'une autorité équivalente à celui de la non-rétroactivité. V. not. : Civ. 3, 20 juin 1968 : D.1968.749, note LESAGE-CATEL ; Civ. 3, 11 juin 1997, n°95-17535, Bull. civ. III, n°129 ; Civ. 1, 17 mars 1998, n°96-12183, Bull. civ. I, n°115 ; Civ. 1, 30 janvier 2001, n°98-15178, Bull. civ. I, n°15 ; Civ.1, 4 décembre 2001, n°98-18411, Bull. civ. I, n°307, cités par le doyen BACH.

⁶⁴² Cass. 27 mai 1861 : S. 1861.1.507.

⁶⁴³ La justification de cette disposition fait néanmoins l'objet de débats : V L. BACH, préc., n°96 et s.

⁶⁴⁴ J. MESTRE, B. FAGES, « Les effets du contrat demeurent-ils sous l'empire de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle ? », *RTDCiv.*2002.507.

⁶⁴⁵ CE, Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Young et autres* (nous soulignons) : *G.A.J.A.*, n°106 ; *RFDA* 2006.463, concl. Y. AGUILA ; *RFDA* 2006.483, note F. MODERNE ; *AJDA* 2006.1028, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *RTDCiv.*2006.527, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI. Déjà : CE, 19 décembre 1980, *D.*1981.398. A noter que cette vision a été abandonnée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt CE, Ass. 8 avril 2009, *Commune d'Olivet* : *RFDA* 2009.449, concl. E. GEFFRAY ; *RTDCom.*2009.699, obs. G. ORSONI ; *RTDCiv.*2010.58, note P. DEUMIER.

⁶⁴⁶ P. DEUMIER, « L'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours est-elle une application immédiate et/ou une application rétroactive ? », *RTDCiv.*2010.59. Nous soulignons.

⁶⁴⁷ P. DEUMIER, citant P. ROUBIER, *in.* « L'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours est-elle une application immédiate et/ou une application rétroactive ? », *RTDCiv.* 2010.58.

conception adoptée par le Conseil d'Etat, elle semble prendre acte, sans plus user d'expédients, de la nécessité d'évaluer les prescriptions portées par la norme contractuelle par rapport à l'état du système normatif au moment où elle s'y est insérée. Dans les deux cas, le principe voudrait que soit écartée du contrat toute remise en cause ultérieure.

Pourtant le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle n'a pas un caractère absolu. Il souffre d'abord d'une absence de consécration de la non-rétroactivité des lois comme principe à valeur constitutionnelle en droit civil⁶⁴⁸. Il s'ensuit que sont admises un certain nombre d'exceptions, au premier rang desquelles la disposition expresse⁶⁴⁹ par le législateur du caractère rétroactif de la loi. Il convient ensuite de tenir compte du rôle de la loi, qui est de réguler les relations sociales en regard du bien commun : les biens particuliers étant naturellement subjugués par la promotion d'un bien supérieur⁶⁵⁰, et à condition que soit caractérisée l'existence d'un ordre public particulièrement impérieux⁶⁵¹ qui la rende nécessaire, l'atteinte portée aux prévisions sera possible par l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets à venir du contrat. Enfin le principe de survie de la loi ancienne ne s'applique pas aux effets légaux du contrat, pour lesquels la jurisprudence considère qu'ils sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent⁶⁵².

Malgré ces nombreuses atteintes le fondement de la règle consistant à ne pas appliquer la loi nouvelle aux situations régulièrement constituées avant son entrée en vigueur trouve son fondement dans la nature même du contrat, acte de prévision⁶⁵³, et procède du souci du droit de garantir aux contractants *la stabilité de l'environnement normatif où s'inscrit leur*

⁶⁴⁸ En raison de l'intégration de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* au bloc de constitutionalité (C. constit., 16 juillet 1971, *Liberté d'association*, n° 71-44 DC : *G.D.C.C.*, n°29 ; C. constit., 27 décembre 1973, *Taxation d'office*, n° 73-51 DC : *G.D.C.C.*, n°45), ce principe a valeur constitutionnelle en matière pénale (C. constit. 7 novembre 1997, n° 97-391 DC : *D.1999.235*, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *AJDA* 1997.969, note SCHOETTL. C'est aussi un principe général du droit communautaire : C.J.C.E, 10 juillet 1984, *Kirk*, aff. 63/83), à la différence du droit civil (C. constit., 22 juillet 1980, n°80-119 DC : *D.1981.IR.356* ; *JCP* 1981.II.19603 ; Civ.1, 20 juin 2000, n°97-22394, Bull. civ. I, n°191, p. 123 : *D.2000.699*, note M-L NIBOYET).

⁶⁴⁹ Civ.1, 12 juin 2013, n° 12-15688 : Bull. civ. I, n° 125 : *D.2013.1875*, note MARAIS et NOGUERO ; *AJ fam.* 2013.507, obs. RAOUL-CORMEIL ; *RTDCiv.*2013.577, obs. J. HAUSER ; Civ.1, 9 décembre 2009, Bull. civ. I, n°242 : *D.2010.728*, obs. LEMOULAND et VIGNEAU ; *AJ fam.* 2010.41, obs. BICHERON ; *RTDCiv.*2009.764, obs. GRIMALDI ; Civ.3, 3 juillet 1979, Bull. civ. III, n°149 : *JCP* 1980.II.19384, note F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

⁶⁵⁰ V. H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, t.1, 1^{er} vol., *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., 2000, n°148.

⁶⁵¹ V. par ex. : Ch. réunies, 13 janvier 1932 : *DP* 1932.1.18, rapp. PILON ; Civ.1, 17 mars 1998, n°96-12183, Bull. civ. I, n°115 : *RTDCiv.*1999.378, obs. J. MESTRE ; Civ.1, 4 décembre 2001, n°98-18411, Bull. civ. I, n°307. Pour le Conseil constitutionnel « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant [...] » (C. constit., 13 janvier 2003, n°2002-465 DC. V. aussi précédemment : C. constit. 10 juin 1998, n°98-401 DC).

⁶⁵² Ch. mixte, 13 mars 1981, Bull. civ. n°3, R. p. 38 : *G.A.J.C.*, n°276 ; *D.1981.309* (1^{ère} esp.), note A. BENABENT ; *JCP* 1981.II.19568 (1^{ère} esp.), concl. TOUBAS ; *idem*, note FLECHEUX. V. aussi dans le même sens : Civ. 3, 3 juillet 2013 (n° 12-21541), Bull. civ. III, n°89 : *D.2013.1742*, obs. ROUQUET ; Civ.3, 18 février 2009 (n° 08-13143), Bull. civ. III, n°40 : *D.2009.1450*, note G. LARDEUX.

⁶⁵³ L. BACH, préc., n°579 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°402. V. aussi Th. BONNEAU, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, préf. M. GOBERT, PUF, 1990, n°128.

*accord*⁶⁵⁴ et une prévisibilité de principe de la norme à laquelle ils ont entendu se soumettre en consentant au contrat⁶⁵⁵.

B) L'intangibilité du contrat et le juge

144. L'encadrement de principe de la fonction interprétative du juge – L'action du juge dans le contrat est souvent regardée avec méfiance. La fonction judiciaire consiste à trancher les litiges qui pourront survenir entre les parties, soit en contraignant le contractant éventuellement défaillant à l'exécution ou à la réparation du dommage causé, soit en exerçant sa mission de *jurisdictio*, par laquelle il se trouve investi du pouvoir d'interpréter les clauses litigieuses à l'origine d'un litige. Dans cette seconde fonction, le droit impose au juge de mettre en œuvre une démarche exégétique, et de prendre garde à ne pas dénaturer ce qui a été voulu par les parties⁶⁵⁶ : il doit en effet rechercher quelle a été la volonté commune des parties⁶⁵⁷, *sans ajouter ni retrancher en théorie quoi que ce soit qui dépasserait le contenu des prévisions initiales*. Ce principe fait l'objet d'un contrôle en dénaturation par la Cour de cassation⁶⁵⁸, qui n'hésite pas à réformer les décisions des juges du fond entachées d'une « méconnaissance du sens clair et précis d'un écrit »⁶⁵⁹.

145. Une intangibilité illusoire ? – Pour autant, là-encore, une fois posée cette règle de principe, encore faut-il constater la difficulté qu'il peut y avoir à la concilier avec un système juridique essentiellement fondé sur le consensualisme. Ainsi que le soulignaient des auteurs, « dans les législations formalistes, le problème d'interprétation ne se pose pas. L'accomplissement d'un rite déterminé n'y est pas seulement une condition de validité du contrat ; il est également un moyen d'en fixer les effets. L'emploi de telles formes – faire tels

⁶⁵⁴ Une décision du tribunal administratif de Strasbourg (citée par L. BACH, préc., n°586) affirmait ainsi la nécessité pour le législateur de respecter « la confiance légitime dans la clarté et la *prévisibilité des règles juridiques* et de l'action administrative » (TA Strasbourg, 8 décembre 1994, (nous soulignons) : *JCP* 1995.II.22474, concl. POMMIER.)

⁶⁵⁵ V. B. TEYSSIE, « L'impératif de sécurité juridique », in. *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2007, p.985 et s., spéc. n°3.

⁶⁵⁶ G. PAISANT, préc., n°43. M. le Professeur LEVENEUR souligne que le principe en la matière est qu' « en aucun cas le juge ne saurait compléter de lui-même le contrat pour lui faire produire des obligations non-voulues par les parties : la force obligatoire du contrat s'impose non seulement aux parties, mais aussi au juge, qui se trouve lié par les conventions comme il l'est par la loi ; chargé de les interpréter ou de la faire appliquer [...] » (« Le forçage du contrat », in. *Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ?*, Droit & patr., n°58, mars 1998, p.70).

⁶⁵⁷ Article 1188 du Code civil. Pour une analyse critique des changements introduits par la réforme : N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p.90 et s. ; C. WITZ, « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.*2015.2020.

⁶⁵⁸ V. not. Cass. civ. 15 avril 1872 ; *G.A.J.C.*, n°161 ; *DP* 1872.1.176 ; *S.* 1872.1.232, qui constitue la solution de principe : « il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme ».

⁶⁵⁹ Civ.1, 6 juin 1921 : *DP* 1921.1.73, rapp. A. COLIN ; *S.*1921.1.193, note HUGUENEY.

gestes, prononcer telles paroles – déclenche automatiquement de telles obligations : *la forme l'emporte sur le fond* »⁶⁶⁰. Contrairement au droit allemand qui préfère la déclaration de volonté (*Erklärungstheorie*) à la volonté réelle, le droit français, fidèle à sa conception consensualiste, enjoint le juge de dépasser la volonté exprimée pour *rechercher la volonté interne réelle des parties*, ce qui est *a priori* une conséquence logique de l'autonomie de la volonté. « La manifestation extérieure ne tient sa valeur que de sa conformité à la volonté interne »⁶⁶¹, et c'est donc celle-là qui doit prévaloir et le cas échéant être recherchée. La règle d'interprétation est posée de manière particulièrement claire par l'article 1188 al. 1 du Code civil, selon lequel « le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral des termes » et oblige à entendre l'intangibilité non point comme le respect scrupuleux de ce qui a été écrit – et qui de toute façon apparaît, de fait, insusceptible d'être utilement invoqué en raison de son obscurité – mais allant au-delà de la lettre, de rechercher *l'esprit de ce qui a été communément voulu*. Cette large autonomie accordée aux juges du fond⁶⁶² permet en réalité de relativiser l'idée d'une intangibilité du contenu du contrat qui rimerait avec son irrévocabilité⁶⁶³. Ainsi, l'injonction posée par l'article 1359 du Code civil de ne prouver « outre ou contre un écrit établissant un acte juridique [...] que par un autre écrit sous signature privée ou authentique », ne vaut en réalité que dans le cas où le contenu de l'acte serait clair et précis et n'appellerait pas d'interprétation. Dans le cas inverse, il est permis de dépasser la volonté exprimée dans l'acte pour rechercher la volonté réelle, et de recourir pour cela à la preuve testimoniale⁶⁶⁴. Une décision, certes ancienne, de la chambre des requêtes de la Cour de cassation a même refusé d'appliquer une clause *pourtant claire et précise* dès lors qu'elle apparaissait être en contradiction manifeste avec l'intention commune des parties⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°394.

⁶⁶¹ A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, t. II, Dalloz, 10^e éd., 1948, n°42.

⁶⁶² Cass. sect. réun., 2 février 1808 : *G.A.J.C.*, n°160 ; Req., 22 novembre 1865 : *DP* 1866.1.108, *S.*1866.1.23, concl. FABRE ; Cass. civ. 10 mai 1948 : *Gaz. Palinéa*1948.2.41 ; Com. 11 avril 2012, Bull. IV, n°80, *D.*2012.1123 ; *RDC* 2012.755, obs. T. GENICON. Les juges du fond sont d'autant plus libres dans leur activité d'interprétation que le contrôle de dénaturation mené par la Cour de cassation demeure relativement limité (V. J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°401).

⁶⁶³ Le doyen PAISANT évoquait certaines « brèches » ouvertes dès l'origine du reste dans le principe d'intangibilité, à travers la possibilité ouverte par l'ancien article 1134 du Code civil de révoquer les conventions « pour les causes que la loi autorise » ou encore avec l'institution du délai de grâce, même strictement encadré, de l'article 1244 (*in*. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p.43).

⁶⁶⁴ V. par ex. : Civ.1, 26 janvier 2012 (n°10-28356), Bull. civ. I, n°13. Dans le même sens : Civ. 3, 14 novembre 1973, (n° 72-10738), Bull. civ. III, n° 582.

⁶⁶⁵ Req. 6 février 1945 : *Gaz. Palinéa*1.116.

146. La remise en cause de l'intangibilité par le forçage⁶⁶⁶ du contrat – Le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond s'avère en réalité d'autant plus perturbateur sur le plan de l'intangibilité des prévisions contractuelles, qu'il bénéficie de la porte ouverte par l'article 1194 du Code civil au « gonflement » artificiel du contenu du contrat. En disposant que « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi », il offre en effet au juge un instrument idéal pour outrepasser le rôle de simple exégèse auquel il devrait normalement se cantonner, lui permettant d'« hypertrophier le contenu obligatoire »⁶⁶⁷ du contrat. De fait, soit que le juge use du paravent d'une hypothétique volonté tacite des parties⁶⁶⁸, soit qu'il ne prenne même plus la peine d'un tel artifice, on a assisté ces dernières décennies au développement phénoménal des obligations de sécurité⁶⁶⁹, d'information, de conseil⁶⁷⁰, bref à un dépassement des prévisions du contrat⁶⁷¹ bien au-delà de ce qui avait pourtant été la volonté initiale des parties. L'ancien article 1160 y invitait d'ailleurs, qui disposait qu'« on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées »⁶⁷². Bien que l'on justifie cet interventionnisme judiciaire par l'appel à des « signes révélateurs d'une volonté probable »⁶⁷³ (la loi, l'usage ou l'équité : on présume que les parties ont voulu donner au contrat les suites qui découlaient de ces sources), force est bien de constater que « dans de

⁶⁶⁶ Il semble que la première utilisation de cette expression soit le fait de JOSSERAND (*in*. « Le contrat dirigé », *DH* 1933.89). V. sur ce point et plus généralement sur le forçage du contrat : L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *in*. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 69 et s.

⁶⁶⁷ L. JOSSERAND, *préc.*, p. 90. H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, p. 614, n°3 : « Un des phénomènes majeurs du droit moderne est le dirigisme tant jurisprudentiel que législatif en matière de conventions. La loi contractuelle est refoulée, provisoirement au moins, par la pratique grandissante des moratoires et des délais de grâce, volontiers accordés à des débiteurs trop facilement réputés de bonne foi. Elle est bafouée par l'adjonction d'obligations auxquelles les parties n'avaient jamais songé, ce qui voue parfois le contrat à "une inflation inattendue" ; on l'observe avec le fabuleux développement de l'obligation de sécurité, tantôt de moyens, tantôt de résultat, de l'obligation de renseignement et du devoir de conseil dans la quasi-totalité des contrats. Elle est proprement violée lorsque la conclusion du rapport contractuel (par exemple, contrats imposés) ou le renouvellement de la situation juridique établie initialement *ex voluntate* (par exemple, maintien dans les lieux) procède d'une décision autoritaire des pouvoirs publics ».

⁶⁶⁸ M. le Professeur LEVENEUR parle alors de « forçage inavoué » : l'interventionnisme du juge en effet « se cache derrière le voile d'une volonté tacite des parties : c'est la découverte d'une commune intention supposée ou présumée des contractants qui permet de justifier l'extension du contenu obligatoire du contrat » (L. LEVENEUR, *préc.*, p.71).

⁶⁶⁹ Quoique la réforme attendue de la responsabilité civile semble sur le point de la décontractualiser pour l'intégrer au système de la responsabilité délictuelle (V. par ex. : J-S BORGHETTI, « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.*2017.770, n°6).

⁶⁷⁰ Sur lesquelles V. L. LEVENEUR, *préc.*, p. 72 et s.

⁶⁷¹ Cf. *supra* n°69 et s.

⁶⁷² Si la nouvelle codification ne reprend pas ce texte, la mise en œuvre des conseils d'interprétation qu'il portait perdurera à n'en pas douter (cf. O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 365) : sa « disparition [étant] plus apparente que réelle » (*idem*, p. 366) puisque l'injonction relative aux clauses d'usage perdure à l'article 1194 qui confère au juge « le pouvoir de compléter le contrat. L'article 1194 constitue, parmi toutes les dispositions de droit commun, le fondement pertinent pour combler les lacunes du contrat » (*idem*, p. 382).

⁶⁷³ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°397.

nombreux [cas] l'article 1135 [désormais 1194] sert en réalité à fonder la production d'effets que le juge estime socialement utiles »⁶⁷⁴. Il « ajoute au contrat une obligation, voire une modalité, à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut-être même qu'elles avaient implicitement écartée »⁶⁷⁵.

147. La remise en cause de l'intangibilité par la réduction des obligations contractuelles –

De la même façon qu'il n'hésite plus désormais à augmenter le contenu du contrat, le juge peut être amené à le réduire. L'atteinte à l'intangibilité est là encore patente, faisant peser un risque judiciaire sur l'exécution du contrat. Ainsi le juge se voit-il conférer, aux termes de l'article 1231-5 du Code civil, un pouvoir de contrôle sur les clauses pénales excessives dont il peut réviser le montant à la condition de motiver sa décision en démontrant son caractère manifestement excessif⁶⁷⁶. La révision judiciaire de la dette est également possible par le biais de l'octroi d'un délai de grâce, qui peut comporter, en plus d'un rééchelonnement du paiement, une réduction des intérêts⁶⁷⁷. A chaque fois là aussi, l'intervention éventuelle du juge, au seul stade où elle est envisagée comme simple potentialité par les parties contractantes, fait peser un risque sur le contrat qui apparaît comme de moins en moins intangible.

148. Conclusion de la sous-section 1 relative à un avenir déterminé –

Sans nier le caractère très relatif, en particulier depuis l'ordonnance du 10 février 2016, du principe de force obligatoire⁶⁷⁸, il reste possible d'affirmer *qu'en instituant une norme contractuelle en principe intangible et en assurant son insertion dans le système normatif, le droit des contrats assurait jusqu'à récemment aux parties une prévisibilité de l'avenir qu'elles ont convenu* : ce qui a été décidé sera, marqué du sceau de l'intangibilité, isolé du risque, et ni le juge, ni le législateur

⁶⁷⁴ *Idem, ibid.* Un exemple frappant en est l'adjonction d'une stipulation pour autrui aux prévisions initiales d'un contrat de transport, aux fins d'assurer à la famille d'un passager décédé la faculté d'agir en responsabilité contractuelle contre la société de transport. La Cour de cassation (Cass. civ. 6 décembre 1932 : *DP* 1933.1.37, note L. JOSSERAND) a ainsi décidé qu'« en vertu du contrat de transport, la compagnie de chemins de fer assume envers la personne transportée l'obligation de la conduire saine et sauve à destination ; qu'en cas d'accident mortel survenu au cours d'exécution du contrat, le droit d'obtenir réparation s'est ouvert, en vertu de l'article 1147 du Code civil au profit du conjoint et des enfants de la victime en faveur de qui celle-ci a stipulé, sans qu'il ait été besoin de le faire expressément » (cité par L. LEVENEUR, préc., p.71).

⁶⁷⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°774, p. 420.

⁶⁷⁶ Ch. mixte, 20 janvier 1978 : *D.*1978.229, obs. M. VASSEUR ; *RTDCiv.*1978.377, obs. G. CORNU ; *Civ.* 3, 12 janvier 2011, *Bull. civ.* III, n°3 : *RDI* 2011.220, obs. B. BOUBLI ; *idem*, p. 231, obs. E. TRICOIRE ; *RLDC* 2011/81, n°4197, obs. C. PAULIN ; *RTDCiv.*2011.122, obs. B. FAGES.

⁶⁷⁷ V. sur ce point : D. MAZEAUD, « La réduction des obligations contractuelles, *in.* « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 61.

⁶⁷⁸ Cf. : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 384 : « La force obligatoire du contrat se trouve redéfinie : elle n'est plus l'irrévocabilité absolue que proclamait jusqu'ici la fameuse jurisprudence Canal de Craponne ; elle devient une contrainte simplement contingente et adaptable ».

ne peuvent, par principe, remettre en cause ce qui a été voulu. En cela, par l'édiction *ab initio* de règles disant que *sera* ce qui *a été* voulu, l'avenir se trouve soumis à la volonté présente, et l'éventuel subjugué par les déterminations actuelles.

Sous-section 2 : Un avenir anticipé

149. Introduction – Les prévisions contractuelles, en plus d'organiser les relations juridiques entre les parties pour un temps plus ou moins long, visent également à se prémunir contre la réalisation d'événements incertains susceptibles de perturber l'équilibre initialement envisagé. Le contrat, en plus de son contenu actuel et certain, pourra comporter un certain nombre de mécanismes ayant pour vocation de traiter le risque *dans l'éventualité où il se produirait*. En fixant à l'avance les termes d'une résolution des conflits entre les prévisions et le risque, de tels mécanismes contribuent à subjuguier l'imprévisibilité *des faits* par une prévisibilité *juridique*.

150. Annonce du plan – L'examen du droit positif sur ce point fait ressortir l'établissement d'une prévisibilité légale limitée, s'appliquant à défaut de stipulation *ad hoc* (§1), et donc un renvoi à une prévisibilité conventionnelle de principe (§2).

§1 : Une prévisibilité légale limitée

151. Contrat et risque : « Je t'aime...moi non plus ! » – En tant qu'il est un mécanisme de projection de la volonté présente, assise sur les certitudes du connu, vers l'incertitude inhérente à l'avenir, royaume du possible et donc de l'aléa, le contrat aspire à la *sécurité*. Il en est lui-même l'objet et l'instrument tout à la fois, dans une relation finalement très paradoxale : par les prévisions qu'il établit, le contrat se soumet aux risques comme toute entreprise humaine qui dépasse les frontières sûres du présent, tout en cherchant à en limiter⁶⁷⁹ autant que possible l'effet perturbateur sur ce qu'il a établi. Or le risque est partout⁶⁸⁰. A l'état de simple éventualité, l'événement à venir peut être un frein comme un moteur à l'activité contractuelle⁶⁸¹ ; une fois advenu, son effet sur le contrat est potentiellement désastreux, sauf à ce que l'éventualité de sa survenance – la « menace », le

⁶⁷⁹ La sécurité est définie comme l'absence, ou à tout le moins, la limitation des risques : cf. Dictionnaire *Le Larousse*, V° *sécurité*.

⁶⁸⁰ J. MOURY, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.*2012.1020.

⁶⁸¹ A. SERIAUX, préc., p. 85 et s.

risque⁶⁸² qu'il fait peser sur le contrat – ait été envisagée *ab initio* en tant que telle, et *que les moyens d'y faire face l'aient été également* : à défaut, c'est le règlement de ses conséquences qui se trouverait affecté d'une imprévisibilité préjudiciable. La prévision de celles-ci apparaît néanmoins faire l'objet de modalités différentes en fonction du type de risque visé. Le risque contractuel peut résider dans *deux environnements distincts*, avec lesquels le contrat, en tant que mécanisme spécifique d'aménagement d'une relation interpersonnelle, entretient des rapports de nature : d'une part *la relation elle-même*, qu'il vient encadrer et organiser, qui est sujette à un certain nombre d'aléas internes ; d'autre part *l'environnement dans lequel cette relation déploie ses effets*, qui est susceptible d'être affecté par un certain nombre de changements par rapport à son état initialement pris en compte.

152. Sources internes et externes des événements aléatoires – Dans un article consacré à la gestion des risques par le contrat⁶⁸³ un auteur proposait de distinguer les risques tenant *au comportement des parties* – qui sont alors *internes* à la relation – et « ceux qui tiennent à *l'environnement de l'opération* dont la convention est l'instrument »⁶⁸⁴ – risques qualifiés d'*externes*. Cette *summa divisio*, si elle permet de situer les *sources* des événements aléatoires, ne dit rien de la *cause* de ce caractère aléatoire. Or ce sont bien les *causes du risque*, et non les sources des événements aléatoires⁶⁸⁵ qui apparaissent commander la répartition des rôles entre la loi et la convention. « Interne » et « externe » renvoient en effet à une classification *rationae loci* en quelque sorte, traçant la ligne de partage entre les risques qui naissent à l'intérieur de la relation contractuelle (que nous préférons désigner sous le terme « endogènes »), et ceux qui naissent en dehors (risques « exogènes »).

Or l'on constate que si le droit prévoit *ab initio* un certain nombre de mécanismes destinés à anticiper le traitement, en cas de réalisation, d'un risque « interne » (parmi lesquels évidemment les règles de la responsabilité contractuelle, mais aussi des mécanismes de garanties : vice cachés, sûretés légales, etc.), il renvoie systématiquement à la convention des

⁶⁸² Rappelons ici que la notion de risque implique *per se* le caractère prévisible de l'événement qui en est la cause éventuelle (cf. J. MOURY, préc., p.1020). V. aussi : F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTDCiv.*1983.263: « l'idée de chance ou de risque implique [...] l'espérance ou la crainte d'un événement précis dont dépend pour une partie l'utilité de la convention » (nous soulignons). V. aussi, pour une appréhension de la notion en droit public, fondée sur une définition différente du risque : T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, préf. P. DELVOLVE, Paris II, LGDJ, Bibl. de dr. public, 2013.

⁶⁸³ J-M MOUSSERON, préc., p. 487.

⁶⁸⁴ *Idem, ibid.* Il s'agit là de ce que le philosophe Marcel CONCHE désignait sous le terme d'*événements aléatoires fortuits*, par opposition aux événements aléatoires non-fortuits qui trouvent leur source dans le comportement des parties (M. CONCHE, *L'aléatoire*, coll. Perspectives critiques, PUF, 1999).

⁶⁸⁵ Sur celles-ci : cf. *infra* n°173 et s.

parties pour ce qui est des risques exogènes, offrant à défaut la seule protection rigide de l'article 1103 du Code civil⁶⁸⁶.

153. Risque personnel et impersonnel – Il convient donc de faire usage d'une double distinction des risques fondée, non seulement sur leur source, mais aussi sur leur *cause*, considérant ce qui, dans le processus conduisant à la réalisation de l'événement, empêche d'en connaître préalablement l'état *avec certitude*. L'événement ne doit plus alors être considéré en lui-même⁶⁸⁷, mais à travers la subjectivité de l'individu qui cherche à s'en prémunir, ce qui conduit à s'interroger sur ses faiblesses dans la connaissance actuelle des signes annonciateurs de l'événement. La raison de cette difficulté peut donc être recherchée dans l'impossibilité ou la grande difficulté à laquelle se heurte l'agent qui tenterait, en amont de l'événement, de percevoir *la cause de sa réalisation*⁶⁸⁸ et des moteurs de sa détermination. Ainsi, un événement à venir sera certain lorsque celui qui l'envisage connaît non seulement sa ou ses causes, mais aussi *le processus* qui doit conduire à partir de ces causes à la détermination de l'événement qui en est la conséquence. Il sera au contraire prévisible quoi qu'incertain, lorsque tout en connaissant la cause dont il procède, le processus reliant celle-ci à l'événement échappe plus ou moins à la possibilité d'une connaissance actuelle. Appliquée au cadre purement contractuel, deux types de causes à l'origine des événements éventuels perturbateurs semblent répondre génériquement à cette définition : d'une part *la liberté humaine*⁶⁸⁹ et d'autre part ce qu'il est convenu de nommer *le hasard*, soit l'enchaînement non maîtrisé par le sujet, de causes et d'effets, dans lequel la volonté humaine n'intervient le cas échéant que de manière accessoire.

La distinction ainsi opérée amène à poser une distinction *rationae materiae* entre le risque de nature *personnelle* (la cause principale réside dans la liberté de la personne juridique) et du risque *matériel* (dont la cause réside dans l'enchaînement d'événements matériels).

Une application croisée de ces deux critères semble alors éclairer la politique juridique mise en œuvre à l'égard des divers types de risques : par nature, le droit apparaît en effet comme un

⁶⁸⁶ J-M MOUSSERON, préc., p. 489.

⁶⁸⁷ Démarche finalement assez stérile sur un plan conceptuel car il ne semble pas qu'il y ait une imprévisibilité proprement objective des événements futurs : l'événement *est* ou *n'est pas*, et lorsqu'il n'est pas encore, il *sera* ou *ne sera pas*. Or cet état futur est toujours *en soi* prévisible, du moins pour les événements qui ne dépendent pas de l'exercice de la liberté humaine (et encore : tel acte commis par un individu pourra sembler imprévisible à la masse de ses contemporains tout en apparaissant au contraire prévisible pour ceux qui côtoyant l'individu de plus près avaient pu en détecter les signes annonciateurs). Le caractère imprévisible est *éminemment subjectif*, intimement lié à la possibilité pour celui qui se livre à l'anticipation de percevoir les causes, les signes annonciateurs de l'événement.

⁶⁸⁸ A. BENABENT, *La chance et le droit*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014, n°6.

⁶⁸⁹ HEBRAUD relevait ainsi que « dans le domaine de l'activité humaine, individuelle ou sociale, *la liberté humaine introduit un facteur d'imprévisibilité* » (P. HEBRAUD, préc., p. 28. Nous soulignons).

système organisé de normes visant à imposer *aux sujets de droit* certains comportements et à en interdire d'autres. Il ne saurait donc avoir d'effet en dehors du champ des comportements *des personnes juridiques* (physiques ou morales) qui sont sous son empire, ne pouvant procéder que par l'imposition de prescriptions juridiques dont l'effectivité est assurée par leur caractère justiciable.

154. Le traitement par le droit du risque personnel – Lorsque le risque est de nature personnelle, le droit est dès lors en capacité d'offrir aux parties, en amont de sa survenance, un aperçu des règles qui gouverneront sa confrontation avec le contrat. La distinction entre le risque interne et le risque externe offre ici une possibilité d'opérer des variations dans le degré d'implication du droit positif. En effet l'action du droit passe d'abord par l'instauration d'un régime général du traitement de la défaillance contractuelle, dont les dispositions peuvent viser soit un traitement *temporaire*⁶⁹⁰, soit un traitement *définitif*.

Au titre des mécanismes tendant à un traitement *temporaire* du risque d'inexécution, il est possible de citer les diverses mesures tendant à obtenir l'exécution forcée du contrat, ou la mise en œuvre de l'*exceptio de non adimpleti contractus* en cas d'inexécution qui est une *garantie* contre l'inexécution, et il est remarquable qu'elle puisse jouer non seulement à l'égard du cocontractant, *au sein de la relation contractuelle considérée*, mais encore lorsque le contractant « n'a [...] pas satisfait à une obligation contractuelle, *même découlant d'une convention distincte*, dès lors que l'exécution de cette dernière est liée à celle de la première »⁶⁹¹. Cette disposition, que consacre l'article 1219 du code civil par la généralité de sa formule⁶⁹² conduit à relativiser la portée de la distinction entre risque interne et externe, en même temps qu'elle permet d'éclairer ce qui commande le fonctionnement du mécanisme : la liberté du contractant créatrice d'un risque, que ce soit au sein de la relation *stricto sensu* ou dans son environnement immédiat. La même idée se retrouve d'ailleurs, conduisant à la même relativisation, dans les mécanismes, classiques ceux-là, prévus aux articles 1341-1 et suivants du Code civil, qui ouvrent une voie de droit au créancier lorsque le comportement extérieur au contrat de leur débiteur contribue à créer un risque à leur détriment⁶⁹³. En outre le nouvel article 1220 prévoit que puisse être mise en œuvre l'*exceptio non adimpleti contractus*

⁶⁹⁰ L'article 1157 alinéa 2 de l'*Avant-projet CATALA* relatif à l'exception d'inexécution marquait bien ce caractère temporaire de la mesure : « lorsque l'inexécution résulte d'une force majeure ou d'une autre cause légitime, le contrat peut être pareillement suspendu *si l'inexécution n'est pas irrémédiable* » (nous soulignons).

⁶⁹¹ Com. 12 juillet 2005, n°03-12507 : *RTDCiv.*2006.307, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁶⁹² N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 127.

⁶⁹³ V. not. : L. SAUTONNIE-LAGUIONIE, « Action paulienne », *in. Rép. dr. civ.*, nov. 2016 ; F. GREAU, « Action oblique », *in. Rép. dr. civ.*, sept. 2011 (à jour : juin 2016) ; V. aussi spéc. : F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », *RTDCiv.*2011.1.

même en présence, non d'une inexécution, mais d'un *risque* d'inexécution, rejoignant par-là les *Principes européens de droit des contrats*⁶⁹⁴ et les *Principes UNIDROIT*⁶⁹⁵ qui prévoyaient déjà cette possibilité. L'exception d'inexécution apparaît ainsi clairement comme un véritable mécanisme de gestion du risque d'inexécution à son stade de *simple éventualité*.

Quant aux mesures *définitives*, elles visent à prendre acte de la réalisation définitive du risque et à en tirer les conséquences, que ce soit par la mise en jeu de la responsabilité du contractant défaillant, ou par la mise en œuvre de la résolution judiciaire⁶⁹⁶ du contrat. L'admission *contra legem* de la faculté de rompre unilatéralement le contrat en cas de méconnaissance grave par l'une des parties de ses engagements⁶⁹⁷ participe de cette même logique. Elle donne aux parties dans certaines hypothèses, en l'absence de clause résolutoire, la possibilité de se libérer du lien contractuel sans attendre une intervention judiciaire, lorsque la défaillance du cocontractant emporterait des conséquences particulièrement dommageables⁶⁹⁸. Au titre de ces mêmes mesures, le droit impose certaines sûretés⁶⁹⁹, ou garanties de créances⁷⁰⁰, dans une optique combinant tout à la fois un aspect comminatoire et une sécurité de la créance en cas de défaillance avérée.

Lorsque le risque personnel est en revanche *purement externe*, l'effet relatif du contrat⁷⁰¹ n'empêche pas d'une part une opposabilité de celui-ci au tiers, et plus généralement une mise en œuvre de sa responsabilité délictuelle lorsqu'un acte commis par lui est de nature à porter préjudice aux parties⁷⁰².

Dans tous les cas, quoi qu'à des degrés très divers, le droit apparaît apte à proposer un *traitement* prévisible du risque personnel dès la conclusion du contrat.

155. Impuissance du droit à instaurer une prévisibilité du risque matériel – A l'inverse, le droit des contrats apparaît impuissant à agir pour l'anticipation des risques matériels (modifications de l'environnement social, économique, survenance de tel ou tel événement

⁶⁹⁴ Article 9 : 201 (2) P.D.E.C. V. aussi : Article 8 : 105 P.D.E.C.

⁶⁹⁵ Article 7.3.4 UNIDROIT.

⁶⁹⁶ Article 1184 alinéa 1 du Code civil.

⁶⁹⁷ Civ.1, 13 octobre 1998 : Bull. civ.I, n°300 ; Civ.1, 20 février 2001 (n°99-15170) : Bull. civ. I, n°40 ; D.2001.1568, note C. JAMIN ; *Deffrénois* 2001, p. 705, obs. E. SAVAUX ; *RTDCiv.*2001.363, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ.1, 28 octobre 2003 : Bull. civ. I, n°211 : *RDC* 2004.273, obs. L. AYNES ; *idem*, n°277, obs. D. MAZEAUD ; *Deffrénois* 2004.37894, n°24, obs. R. LIBCHABER ; *CCC* 2004, comm. n°4, obs. L. LEVENEUR.

⁶⁹⁸ Ainsi des contrats particulièrement fondés sur une confiance entre les parties, tel que le mandat (article 2004 du Code civil), où il ne serait guère concevable de prolonger la relation contractuelle dans l'attente d'une éventuelle résolution judiciaire. V. aussi en matière de droit du travail : article 1780 du Code civil.

⁶⁹⁹ V. not. les hypothèques légales prévues par l'article 2400 du Code civil ; les privilèges des articles 2331 et s. du Code civil.

⁷⁰⁰ V. not. le droit de rétention prévu à l'article 2286 du Code civil.

⁷⁰¹ Article 1199 du Code civil.

⁷⁰² Cf. Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°976 et s.

indépendant de la volonté humaine, fait quelconque). Limité par sa propre nature, il ne peut que proposer un traitement *indirect* de ceux-ci à travers l'imposition d'une régulation des comportements : ainsi, jusqu'à l'introduction dans le Code civil de l'article 1195, une partie ne pouvait se prévaloir, par principe⁷⁰³, de la survenance d'un événement aléatoire extérieur au contrat pour se libérer définitivement ou temporairement de ses obligations. Mais de manière générale ces événements demeurant hors du champ d'action du droit, « leur prise en compte par les parties est d'autant plus importante que, hormis l'application immédiate de lois nouvelles aux contrats en cours et des interventions judiciaires extrêmement réduites par le refus répété de l'imprévision, *l'adaptation du contrat aux modifications de l'environnement est confié par les autorités publiques à la seule volonté des parties* »⁷⁰⁴.

§2 : Une prévisibilité conventionnelle de principe

156. L'action principale et subsidiaire des parties – L'anticipation des modalités de gestion du risque au cas où il se réaliserait apparaît largement dévolue à la convention des parties à qui il revient, à *titre principal* d'organiser la prise en compte des risques matériels, et à *titre subsidiaire* d'aménager, en fonction de leur tolérance au risque⁷⁰⁵, les règles fixées par le droit positif à l'égard du traitement du risque personnel qui ne seraient pas d'ordre public.

157. La responsabilité principale des parties dans la prévisibilité du risque matériel – Face au risque matériel, le droit s'avère impuissant. La raison principale en est certainement l'absence d'efficacité du mode opératoire de la règle de droit sur des événements ne procédant pas à titre principal de personnes juridiques réceptives à la normativité. Deux autres raisons peuvent néanmoins être évoquées. *D'une part le champ infini de l'aléa matériel* : par sa nature même, l'aléa imprègne tout l'avenir contractuel, et s'il demeure possible d'identifier avec une relative précision les sources possibles de risques personnels (au premier chef et essentiellement : les parties elles-mêmes) il serait illusoire de prétendre enfermer dans un système de règles rigides l'anticipation d'une confrontation future du contrat avec l'ensemble – dans toute leur variété – des événements perturbateurs de nature non personnelles qui pourraient surgir. *D'autre part le principe de liberté contractuelle* implique que les parties puissent adapter leur convention de façon à y intégrer une part plus ou moins importante de risque *matériel*, jusqu'à éventuellement faire dépendre entièrement leur accord de la

⁷⁰³ Il y a des exceptions : cas de force majeure, délais de grâce, etc.

⁷⁰⁴ J-M MOUSSERON, préc., p. 489.

⁷⁰⁵ Cf. *infra* : n°501 et s.

réalisation de tel ou tel événement aléatoire *car reposant sur le hasard*. La nature même du contrat postule ici ce qu'elle interdit en matière de risque personnel : faire reposer l'obligation sur *la seule liberté de l'une ou l'autre des parties* reviendrait à nier l'existence même de ce contrat puisqu'on ne peut raisonnablement concevoir que l'on puisse tout à la foi s'engager tout en restant libre de ne pas s'exécuter, ce que prohibe notamment l'article 1304-2 du Code civil, malgré certaines nuances.

Le droit opérerait donc classiquement une distinction de l'imprévu conduisant à responsabiliser les parties : hormis le cas d'un événement imprévu et imprévisible *rendant impossible l'exécution du contrat* où l'application des règles relatives à la force majeure permet une exonération de la responsabilité du contractant défaillant, *la réalisation d'un risque matériel, prévisible ou non, ne pouvait avoir d'incidence sur le contrat* qui s'en trouve isolé par le principe fixé à l'article 1103, en l'absence de dispositions conventionnelles en ce sens. Celui-ci apparaît pourtant comme un colosse aux pieds d'argile, et le principe affirmé voilà quarante ans par la Cour de cassation de l'intangibilité des conventions en dehors des hypothèses strictes de la force majeure a fini par céder à l'occasion de la réforme du droit des obligations de 2016. Le *Projet de réforme* publié le 25 février 2015 pour consultation semblait ainsi déjà marquer l'achèvement d'un long travail de sape, d'attaques sournoises⁷⁰⁶ en assauts frontaux⁷⁰⁷, envers la position d'airain du vénérable arrêt *Canal de Craponne*, en consacrant un semblant d'imprévision. L'ordonnance du 10 février 2016 a encore aggravé cette licence en introduisant pleinement la révision pour imprévision à l'article 1195 du code civil.

Un auteur affirmait que le contrôle de la prévisibilité ou de l'imprévisibilité du risque ne saurait être une condition préalable de la prise en compte de l'imprévu par le droit⁷⁰⁸... Certes les conséquences du risque réalisé sur le contrat sont les mêmes, qu'il ait été en amont prévisible ou pas. Que les parties *n'aient pas prévu* les modalités de sa gestion en considération de l'éventualité qu'il représentait parmi le champ des possibles pouvant affecter leur relation, voilà ce qui compte : l'imprévu plus que l'imprévisibilité est la cause de l'effet

⁷⁰⁶ Soc. 25 février 1992 (n°89-41634) : *D.*1992.390, note M. DEFOSSEZ ; *Rev. dr. soc.* 1992.573, note A. LYON-CAEN ; Com. 3 novembre 1992, *Société française des pétroles BP c/ Michel Huard* (n° 90-18547), Bull. civ. IV, n°338 : *RTDCiv.*1993.124, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1993.35663, n°131, obs. J-L AUBERT ; et Com. 24 novembre 1998, n° 96-18357, Bull. civ. IV, n°277 : *RTDCiv.*1999.98, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 1999.I.143, n°5, obs. C. JAMIN ; *idem*, II.10210, note Y. PICOD. Pour une analyse critique de ces évolutions jurisprudentielles, qui ne remettraient pas véritablement en cause le principe : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 423 et s.

⁷⁰⁷ Com. 29 juin 2010, n°06-67369 : *RDC* 2011/1, p. 34, obs. E. SAVAUX ; *D.*2010.2485, note T. GENICON ; *idem*, p. 2481, note D. MAZEAUD ; *RTDCiv.*2010.782, obs. B. FAGES ; *JCP* 2011, n°3, p. 126, note J. GHESTIN.

⁷⁰⁸ L. THIBIERGE, *op. cit.*, p. 319 et s. *Contra* : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 391-392.

néfaste du risque et « peu importe qu’il soit prévisible, dès lors qu’il n’a pas été prévu. C’est l’absence de prévision qui justifie la nécessité *de remédier au contrat bouleversé par l’imprévu* »⁷⁰⁹. Cette vision pourtant apparaît contraire à la logique même du mécanisme de renvoi à une gestion conventionnelle du risque par le droit. En effet, dès lors que les parties se trouvent tenues d’établir une gestion *ab initio* du risque, la mesure de la clémence du droit à leur égard en cas d’imprévision ne peut s’établir qu’à travers la prise en compte des limites objectives auxquelles elles ont pu se heurter dans cette entreprise : il ne peut être attendu des parties qu’elles prévoient ce qui n’était pas prévisible, mais elles ne seront pas admises à se plaindre de l’imprévision d’un risque prévisible⁷¹⁰. Quoique cette limite soit consacrée par le texte issu de l’ordonnance de 2016, qui vise « le changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat », il n’en demeure pas moins que la disharmonie de cette innovation par rapport au système où elle s’insère est patente.

158. La responsabilité subsidiaire des parties dans la prévisibilité du risque personnel –

Quant au risque personnel, le renvoi à la convention existe, quoique subsidiaire, puisqu’intervenant en sus d’une véritable organisation légale « de base » pourrait-on dire trivialement de la gestion prévisible du risque. La liberté contractuelle implique alors, comme pour le risque matériel, que les parties puissent agir soit pour renforcer la protection contre les comportements perturbateurs du cocontractant, soit au contraire pour accroître cette liberté. Le caractère subsidiaire de cette organisation conventionnelle de la prévisibilité s’infère pourtant de certaines interdictions d’ordre public qui confèrent aux dispositions légales, non seulement une antériorité (existence d’une organisation légale « de base ») mais encore un caractère contraignant fixant la limite de la liberté contractuelle. Il sera ainsi impossible pour les parties de convenir d’obligations potestatives (ce qui non seulement ferait peser un risque totalement imprévisible sur le contrat, mais encore reviendrait à nier sa nature même d’engagement⁷¹¹). De même feront l’objet d’un contrôle strict les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité qui, quoi que licites, « ne peu[vent] pas exonérer le contractant des conséquences de son dol, car il serait choquant de permettre à un cocontractant de ne pas exécuter volontairement ses obligations »⁷¹². Mais sous réserve du respect de ces limites, les

⁷⁰⁹ *Idem*, n°552. Nous soulignons.

⁷¹⁰ Ainsi que le soulignent des auteurs « il y a là une façon de sanctionner l’imprévoyance, à tout le moins, de pas en faire porter le poids au cocontractant de celui qui a été négligent » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 392).

⁷¹¹ Cf. *supra*.

⁷¹² Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1140.

parties demeurent libres d'aménager leur convention et de faire varier la prévisibilité du risque personnel⁷¹³.

159. Justification du renvoi à une prévisibilité conventionnelle – Le principe de liberté contractuelle implique que les parties doivent pouvoir déterminer le contenu de leur accord sans que celui-ci, hors les exigences de l'ordre public contractuel, leur soit dicté de l'extérieur. Elles doivent donc pouvoir accentuer ou diminuer la protection légale de leurs prévisions, c'est-à-dire déterminer elles-mêmes le niveau de risque qui leur paraît acceptable et pour tout dire souhaitable eu égard à l'équilibre initialement convenu⁷¹⁴. Le droit ne pourrait dès lors interdire cette diminution de la protection légale sans nier cette liberté fondamentale des parties, et il ne pourrait non plus l'imposer d'autorité sans entrer en contradiction avec la force obligatoire qui s'infère de la nature même du contrat. La seule façon d'échapper à ce dilemme est sans doute de laisser aux parties la liberté d'assurer elles-mêmes la prévisibilité du risque en prévoyant dès la conclusion du contrat les règles qui permettront au contrat d'y faire face.

Cela implique nécessairement deux conséquences. La première est que ce qui a été ainsi prévu ne puisse par principe pas être remis en cause ultérieurement lorsqu'un risque surgit qui dépasse cette prévisibilité conventionnelle, sous peine de ruiner celle-ci par la persistance d'un risque (juridique celui-là) imprévisible. La seconde est que l'aune à laquelle sera mesurée la responsabilité des parties lorsque le risque se réalise sera nécessairement la considération de sa prévisibilité ou de son imprévisibilité.

160. Conclusion de la sous-section 2 relative à un avenir anticipé – L'on peut donc constater un mouvement de retrait du droit lorsqu'il s'agit d'anticiper la confrontation des prévisions contractuelles avec le risque. Celui-ci est la conséquence inévitable *de la nature limitée du droit* qui ne peut étendre sa puissance normative que sur l'action des personnes juridiques, *et du principe de liberté contractuelle* qui conduit à remettre entre les mains des contractants eux-mêmes le soin d'organiser leur avenir.

161. Conclusion de la section 2 relative à l'organisation de l'avenir – La prévisibilité passe par l'organisation de l'avenir contractuel : en fixant les mécanismes propres à assurer la pérennité dans le temps des prévisions contractuelles, le droit permet en principe que celles-

⁷¹³ Cf. *infra* n°145 et s.

⁷¹⁴ Ainsi la stipulation d'une limitation de responsabilité s'accompagnera souvent de conditions plus avantageuses pour celui qui la consent : réduction du prix, etc.

ci, par le jeu notamment de la force obligatoire, puissent plier *ce qui sera* à *ce qui a été voulu*. L'on constate néanmoins le caractère très relatif de cette affirmation théorique : les remises en causes législatives et jurisprudentielles des prévisions contractuelles sont en effet loin de constituer un phénomène isolé. Si la prévisibilité contractuelle apparaît bien comme un fondement sous-jacent, il est assis très largement battu en brèche par nombre d'atteintes, à tel point qu'on peut se demander si ce fondement peut encore se targuer d'une quelconque effectivité autre que théorique. L'étude de l'anticipation des risques pesant sur les prévisions révèle également les limites auxquelles se heurte la mise en œuvre d'une prévisibilité légale, qui justifie qu'il soit renvoyé très largement à une responsabilité des parties pour mettre en œuvre les conditions d'une prévisibilité efficace.

162. Conclusion du chapitre 2 relatif à des manifestations préventives sous-jacentes – De très nombreux mécanismes du droit contemporain des contrats révèlent une montée en puissance continue d'une exigence de prévisibilité. Le contrat ne peut en effet être, selon la formule consacrée, un acte de prévision efficace, qu'à la condition que l'avenir contractuel apparaisse prévisible, et il ne sera prévisible qu'à la condition que l'incertitude qui marque inévitablement l'environnement dans lequel il est appelé à s'exécuter puisse être *intégrée à l'acte de prévision sous la forme d'un risque dont les conséquences éventuelles sont maîtrisées*. L'on constate donc que le droit œuvre dans le sens d'un dépassement par les sujets de droit du halo d'incertitude qui environne toute chose future : si ce n'est rendre certain ce qui ne peut par nature l'être, à tout le moins ramener l'incertain dans le prévu afin d'éviter l'« effet de surprise » : telle est la condition d'un contrat viable. Pourtant la prévisibilité n'apparaît pas comme un fondement revendiqué de ces mécanismes : on leur assigne plus volontiers une assise morale (devoir d'information) ou volontariste, alors même que le recours à la notion de prévisibilité est de nature à leur assigner un cadre cohérent. Elle permet en effet de mesurer leur champ d'application tant dans son étendue que dans les limites qu'il convient d'y apporter. Cela se constate aisément en ce qui concerne le devoir d'information, dont l'étendue se trouve bornée entre les limites de ce qui était imprévisible pour le créancier, et de ce qui était prévisible pour le débiteur.

Il semble donc que le droit gagnerait en cohérence et en lisibilité, si ce fondement, actuellement sous-jacent, était enfin assumé au grand jour...

Conclusion du Titre I

relatif aux manifestations

de la prévisibilité contractuelle

163. Diversité des manifestations de la notion de prévisibilité – L’observation du droit contemporain des contrats permet d’identifier un grand nombre de manifestations de la notion de prévisibilité, tant dans le sens d’une *caractéristique recherchée d’un acte ou d’un événement* aux fins de lui conférer ou pas un effet juridique, que dans celui, plus fondamental d’une *exigence normative*, présente au sein de mécanismes divers, mais unis dans un même objectif qui est de réguler la confrontation de cet acte de prévision avec le risque. Au terme de cette première étude de ses manifestations, la prévisibilité apparaît alors tout à la fois caractérisée par sa nécessité et sa polyvalence.

La *nécessité* de l’exigence de prévisibilité s’infère de la nature même du contrat : elle en est une suite, une émanation et une composante essentielle. Sans elle le contrat ne pourrait exister comme acte de prévision. La prévisibilité apparaît aussi comme une notion *polyvalente* : en raison de son absence de consécration par les textes, et de sa mise en œuvre pragmatique par la doctrine et la jurisprudence, elle semble apte à unifier un très grand nombre de mécanismes juridiques plus ou moins classiques, en les rattachant à un fondement théorique solide et à l’efficacité technique éprouvée.

164. Une tendance de fond en faveur de la prévisibilité contractuelle – La recension de ses diverses manifestations, de par leur nombre et leur cohérence d’ensemble, plus ou moins perceptible du reste mais bien réelle, conduit ainsi à s’interroger sur l’ampleur constatée du phénomène : n’y a-t-il là qu’un ensemble de mesures disparates, ou peut-on au contraire induire des éléments de cohérence manifeste qui les unissent autour d’une tendance plus profonde ? L’étude des évolutions historiques du rapport à l’information, ou encore de l’imposition d’une toujours plus grande loyauté contractuelle, nous semblent traduire un mouvement de fond incontestable : il y a manifestement *une évolution notable du droit vers une plus grande prévisibilité du contrat, au bénéfice des parties*, mouvement qui s’inscrit d’ailleurs dans une tendance encore plus vaste qui transcende les frontières du seul droit *des contrats* par le développement fulgurant ces dernières années du *principe de sécurité juridique*...

165. Quelle place pour la prévisibilité dans le droit contemporain des contrats ? – Il apparaît que nonobstant son caractère latent en droit positif et son absence à ce jour de consécration en tant que règle autonome, la prévisibilité présente une *universalité suffisante* pour qu'il soit possible de s'interroger sur la place qu'il convient de lui reconnaître dans la hiérarchie des normes *de lege lata* évidemment, mais aussi *de lege feranda* : l'exigence de prévisibilité, dont on relève tant de manifestations dans le droit contemporain, est-elle condamnée à demeurer toujours dans l'ombre de ses actuelles matrices ? Son émancipation ne serait-elle pas au contraire souhaitable à la condition évidemment de lui conférer une efficacité technique suffisante ? Cela revient à poser à présent la question de sa qualification juridique...

TITRE II :

LA QUALIFICATION

DE LA PRÉVISIBILITÉ CONTRACTUELLE

166. La prévisibilité : un enjeu du droit contemporain – La prévisibilité est un enjeu qui se situe au cœur des mutations contemporaines du système juridique. Régulièrement citée comme l'un des handicaps majeurs du droit français dans la mondialisation⁷¹⁵, l'*imprévisibilité* apparaît *a contrario* comme l'une des principales préoccupations des investisseurs et comme un axe structurant des politiques menées en vue de renforcer l'attractivité de la France dans la compétition internationale⁷¹⁶. En ce qui concerne spécifiquement le droit des contrats, la réforme menée en 2016 avait pour objectif affiché de « se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible »⁷¹⁷.

Le souci de prévisibilité, pourtant, est ancien, même s'il se trouve mis sur le devant de la scène plus régulièrement ces dernières années. Ainsi le principe de sécurité juridique qui en constitue l'une des plus éclatantes manifestations, a été consacré comme objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil d'Etat le 24 mars 2006 dans la fameuse décision *Société KPMG et autres*⁷¹⁸, et, de façon plus ancienne, comme principe général du droit

⁷¹⁵ Baromètre EY de l'Attractivité du site France 2015, « Le grand écart », p. 21. V. aussi le Baromètre 2014 qui faisait apparaître que la première préoccupation des investisseurs était la stabilité et la transparence de l'environnement politique, législatif et réglementaire. Il relevait notamment qu' « au-delà de voir leurs charges allégées, les entreprises doivent pouvoir évoluer dans un environnement réglementaire et fiscal stable, et non plus se voir contraintes à naviguer à vue dans un brouillard de mesures qui s'annulent et se remplacent et qui, par leur caractère souvent rétroactif, viennent paralyser tout projet de développement sur notre territoire » (p. 29).

⁷¹⁶ V. not. : A. OUTIN-ADAM et F. ARNAUD-FARAUT (s. la coord.), « Droit des affaires : enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté », *Etudes de la CCI Paris Île-de-France*, mai 2015.

⁷¹⁷ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F 11 février 2016, texte 25/113.

⁷¹⁸ CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n°288460 : G.A.J.A, n°106 ; RFDA 2006.463, concl. Y. AGUILA, note F. MODERNE ; AJ 2006.841, trib. B. MATHIEU ; *idem*, p. 1028, chron. LANDAIS et LENICA ; Bull. Joly Soc., p. 711, note J-J BARBIERI ; *idem*, p. 723, obs. Y. AGUILA ; D.2006.1191, note P. CASSIA ; JCP G

communautaire par la Cour de Justice de l'Union européenne depuis 1962⁷¹⁹. On retrouve de la même façon des préoccupations tenant à la prévisibilité dans l'affirmation progressive du devoir de loyauté qui doit guider l'action des contractants, désormais consacré à l'article 1104 du Code civil. Et d'aucuns ont voulu voir dans le développement contemporain de la notion de confiance légitime, qui a évidemment partie liée avec la prévisibilité, la consécration d'un nouveau principe général du droit⁷²⁰.

167. Une présence marquée de la prévisibilité dans le droit contemporain – Une telle constance historique doit être soulignée, en même temps qu'elle comporte un motif d'étonnement pour qui cherche à dégager les lignes de force qui structurent le droit contemporain. En effet, l'étude des divers mécanismes pouvant prétendre soit de manière stricte au rang de principe général du droit des contrat, soit plus largement à assurer à un titre quelconque une certaine régulation des rapports qu'entretient le mécanisme contractuel avec le risque, d'où qu'il vienne, *fait apparaître une intégration forte de la prévisibilité dans l'ordre des objectifs poursuivis*. Chacun vise en effet à mettre en œuvre une certaine prévisibilité, dont les modalités diffèrent en fonction de la source des événements aléatoires susceptibles de venir perturber les prévisions des parties. Le principe de sécurité juridique, qui recouvre des exigences tenant à la stabilité ou encore à la lisibilité du droit⁷²¹, vise ainsi à assurer la prévisibilité de l'environnement normatif dans lequel s'inscrivent les relations contractuelles. Les principes de bonne foi, de loyauté, ou encore de cohérence, visent pour leur part le risque purement endogène, et tendent à assurer une régulation efficace de l'aléa comportemental. A mi-chemin, le principe de confiance légitime, voire les notions d'attentes ou d'espérances légitimes, semblent offrir une plus grande polyvalence, visant tout à la fois les remises en causes par l'un des contractants de ce que l'autre avait pu légitimement anticiper au vu de l'état de leur relation, et les atteintes pouvant être portées à ces mêmes

2006.1229, obs. PLESSIX ; *idem*, p. 1343, note J-M BELORGEY ; *Rev. proc.*, mai 2006, p. 4, note TRAVIER ; *RDC* 2006.856, note BRUNET ; *RTDCiv.*2006.527, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI.

⁷¹⁹ C.J.C.E, 6 avril 1962, aff. 13-61, *Bosch*. V. aussi : C.J.C.E, 14 avril 2005, aff. C-110/03, *Royaume de Belgique c/ Commission* qui y voit un « principe fondamental du droit de l'Union ».

⁷²⁰ V. par ex. : T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance » (*in. Les principes directeurs du droit des contrats – Journées franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT*, Bologne, 19 et 20 octobre 2012), *RDC*, n°1, p. 336 (critique) ; *idem.* : C. AMATO, préc., p. 351.

⁷²¹ *Rapport public du Conseil d'Etat*, « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, p. 281 : « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ».

anticipations par des éléments perturbateurs exogènes, résidant notamment dans les modifications intervenant dans l'ordre juridique.

La prévisibilité apparaît ainsi comme une composante essentielle, quoi que dissimulée, d'un certain nombre de mécanismes ayant pour fonction, au sens très large, d'assurer la police du contrat, instrument de prévision, face au risque. Elle constitue de ce fait un élément d'homogénéité conceptuelle au sein de mécanismes dont les applications se révèlent manifestement hétérogènes : il semble en effet possible d'affirmer qu'au-delà d'une apparente diversité de ce que l'on appelle avec un peu trop de facilité peut-être des « principes généraux », les mécanismes dont il s'agit *ne sont en réalité que des applications, des émanations, des manifestations sectorisées d'une seule et même exigence de prévisibilité contractuelle*, qui n'est jamais que le débordement de l'essence du mécanisme contractuel dans ses applications normatives. L'on peut alors se demander s'il ne serait pas possible, et souhaitable, de voir dans cette exigence encore arrimée à une diversité de mécanismes, un principe en attente d'émancipation...

168. Annonce du plan – Encore dissimulée (**chapitre 1**), la prévisibilité ne serait-elle pas un principe en devenir (**chapitre 2**) ?

Chapitre 1 :

Un principe dissimulé

169. Introduction – L'idée que pèse sur le contrat, acte de prévision, un certain nombre de risques d'origines très diverses, apparaît comme un élément clef expliquant l'ensemble des mécanismes normatifs destinés à assurer la police des relations contractuelles. L'étude des rapports entre la prévision et le risque, ou du rôle que peut jouer le mécanisme contractuel comme instrument de gestion du risque dans son acception la plus large a souvent été menée. L'ordre juridique en effet est en mutation permanente⁷²², et le futur apparaît ainsi comme le support d'un risque irréductible affectant l'entreprise de prévision, qu'elle soit d'ailleurs contractuelle ou extracontractuelle.

Un auteur a ainsi montré que les rapports qui se nouent entre le contrat, activité par essence dynamique⁷²³, et le temps, sont de nature finalement très paradoxale. D'une part, de manière évidente, le futur affecte la volonté en ce sens que sa considération conditionne sa détermination initiatrice du lien contractuel mais, d'autre part, « la réalisation d'événements futurs peut quelquefois bousculer la justice contractuelle »⁷²⁴, ce qui peut évidemment s'avérer bénéfique, mais aussi la plupart du temps néfaste. Il importe alors, tant pour les contractants dont les intérêts se trouvent ainsi menacés sinon atteints, que pour le système juridique lui-même dans la mesure où il en va de son attractivité vis-à-vis des opérateurs économique, de parvenir à une maîtrise du risque de façon à l'empêcher lorsque cela est souhaitable – et possible – ou à tout le moins à s'en accommoder à moindre frais. De nombreux mécanismes de régulation du risque existent à cette fin, au sein desquels la notion de prévisibilité apparaît tenir une place prépondérante.

170. Annonce du plan – La prévisibilité contractuelle semble ainsi être un facteur d'homogénéité théorique (**section 1**), autant que d'harmonisation technique (**section 2**).

⁷²² A. SERIAUX, préc., p. 78 et s., n°3.

⁷²³ *Idem*, n°2.

⁷²⁴ *Idem*, n°6.

Section 1 : Un facteur d’homogénéité théorique

171. Introduction – Il y a, dans chacun des principes évoqués précédemment, une constante : tous s’inscrivent dans l’idée générale que la relation contractuelle est un objet juridique entretenant des interactions avec le temps, et qui, de ce fait, subit ou bénéficie de ses effets. Le constat des mutations inévitables affectant le contrat conduit alors à confronter l’apparente diversité de ces mécanismes avec la figure centrale et assez paradoxale du contrat, tout à la fois acte de prévision et acte radicalement soumis aux risques dont cette temporalité constitue le support. La possibilité d’une régulation du risque impose donc de mener préalablement une étude de celui-ci. Celle de ses causes a souvent été menée en doctrine, et une *summa divisio* est classiquement établie en la matière en prenant appui sur la typologie développée par MOUSSERON⁷²⁵. Pourtant, sous une apparente diversité de ses causes, le risque semble pourtant trouver son unité conceptuelle à travers la notion de temps (**sous-section 1**), et cette unité du concept de risque rejaille nécessairement sur les techniques de régulation (**sous-section 2**), que l’on présente pourtant souvent de façon éclatée, en raison de la diversité des sources qu’elles entendent réguler.

Sous-section 1 : Unité conceptuelle du risque

172. Introduction – Les sources du risque apparaissent au premier abord comme très diverses (§1). Pourtant, le risque contractuel est en réalité une notion unitaire : sa cause est toujours la même qui réside dans l’insertion de l’acte de volonté dans le temps, dont la conséquence est la persistance au sein de la relation contractuelle d’incertitudes tenant à l’indétermination, au moment où se forment les prévisions, d’un certain nombre d’éléments susceptibles d’obérer leur réalisation (§2).

§1 : Diversité des sources

173. Annonce du plan – On distinguera les sources de risques endogènes, qui sont celles existant à l’intérieur même du rapport contractuel (**A**), des sources exogènes (**B**), lesquelles,

⁷²⁵ J-M MOUSSERON, préc., p. 487.

en raison de leur extériorité, auront *a priori* besoin d'une *médiation* pour pouvoir jouer sur le contrat.

A) Risques endogènes

174. Distinction des risques purement endogènes et des risques médiats – Les risques purement endogènes (1) devront être distingués de ceux qui, quoi que prenant leur source à l'intérieur du contrat ne sont qu'un effet porté – une répercussion dans la relation nouée – d'un événement extérieur à celle-ci : les risques médiats (2).

1. Les risques purement endogènes

175. Le risque de défaillance – Des risques tenant aux contractants, le plus évident est sans doute le risque résultant de l'aléa humain (inexécution ou retards dans l'exécution, revirement de volonté, faillite, etc.), ce que l'on désigne souvent sous le terme de *risque commercial*. Encore sera-t-il utile de l'appréhender en forme de réciprocité : risque de défaillance du cocontractant, et risque de responsabilité résultant de sa propre défaillance envers autrui.

176. La qualité juridique des parties source de risque – *La qualité juridique des parties* qui interviennent dans l'opération constitue également une source de risque, dans la mesure où elle est un conditionnement notamment de l'application d'un droit matériel ou processuel plus ou moins protecteur, mais aussi de certaines prérogatives pouvant présenter un facteur important de risque pour le cocontractant, notamment dans une relation contractuelle asymétrique lors de contrats conclus avec un Etat : risque politique, « fait du Prince », immunité de juridiction⁷²⁶, sont autant de sources potentielles de risque dont il convient, au stade de l'élaboration de l'accord, de tenir compte afin de stipuler une régulation adéquate⁷²⁷. Ainsi, lorsqu'ils concluent un contrat avec une personne publique, les investisseurs privés doivent donc toujours faire preuve d'une prudence particulière en ce qui concerne la politique de gestion des risques⁷²⁸. Les prérogatives de puissance publique constituent en effet un

⁷²⁶ Ainsi, la présence d'un Etat étranger dans le contrat « peut conduire à soustraire ce litige au pouvoir de juger dont jouissent les tribunaux nationaux » (M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op. cit.*, n°79).

⁷²⁷ V. les clauses exorbitantes du droit commun in. J. MESTRE, J-C RODA (s. la dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 383 et s.

⁷²⁸ Cela vaut notamment au sein des contrats de partenariat, où elle est en effet décrite comme « plus dure que la plupart des autres maîtres d'ouvrage [...]. Ceci se traduit notamment, dans la rédaction des contrats, par une approche restrictive des événements pris en compte dans les clauses, comme la gestion des modifications, la définition des causes légitimes – ces dernières pouvant exonérer le partenaire de pénalités – ou le fait du prince,

facteur très important de risque. L'affaire de l'« écotaxe » en est une illustration. A la suite de l'adoption par le législateur du principe d'une taxe écologique sur la circulation des poids-lourds⁷²⁹, l'Etat français avait conclu en 2011 un contrat de partenariat de onze ans avec le consortium *Ecomouv'* portant d'une part sur l'édification et l'équipement de portiques autoroutiers, et d'autre part sur l'affermage de la perception de cette taxe. Deux ans plus tard, à la suite d'un changement de majorité politique et de violentes manifestations contre le principe de la taxation, le ministère de l'écologie décida de remettre en cause le principe de la perception d'une écotaxe, qui justifiait pourtant le contrat, en suspendant l'application de la loi. Le contrat comportait évidemment un certain nombre de stipulations destinées à gérer les risques pouvant survenir⁷³⁰ : faculté de résiliation unilatérale de l'Etat en cas de survenance d'un événement rendant impossible⁷³¹ ou plus difficile⁷³² l'exécution du contrat par le partenaire, en cas de disparition ou de faute (déchéance du contrat)⁷³³ de celui-ci, ou encore pour motif d'intérêt général⁷³⁴ (abandon du projet⁷³⁵). Chacun de ces cas donnait lieu à un calcul spécifique de l'indemnité due : en ce qui concerne l'abandon pour cas de force majeure celle-ci ne pouvait être que des pertes directement imputables à l'événement, alors que dans le cas d'un abandon du projet pour motif d'intérêt général, « l'indemnisation doit en principe couvrir l'intégralité du dommage subi par le titulaire du marché et prendre ainsi en compte les dépenses engagées et le manque à gagner pour le titulaire »⁷³⁶. A défaut de parvenir à caractériser l'une ou l'autre de ces hypothèses, l'Etat était tenu d'exécuter quelles que soient les conséquences⁷³⁷, ou à défaut d'indemniser son partenaire⁷³⁸. Or le problème qui se posait ici était *le caractère imprévu du risque que constituait le revirement politique sur le principe d'une perception de l'écotaxe* : non seulement celui-ci n'emportait pas d'effet direct sur le contrat, mais rendait finalement inutile l'ensemble des ouvrages édifiés par le consortium

avec l'évolution ultérieure unilatérale du contrat. Ceci se traduit par des rédactions exigeantes des clauses de fin de contrat, qu'il s'agisse de déchéance, d'imprévision, de force majeure ou de résiliation pour intérêt général... » (audition de M. HERSEMUL, chef du département d'expertise des partenariats public-privé et de conduite de projets délégués au sein de la Direction générale des infrastructures, des transports et de la mer, *in*. V. KLES (rapporteur), *Le contrat Écomouv' : un contrat exceptionnel*, *Rapport du Sénat*, t. 2, 2014, p. 29).

⁷²⁹ *Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement* : Article 60.

⁷³⁰ Cf. V. KLES (rapporteur), *Le contrat Écomouv' : un contrat exceptionnel*, *Rapport du Sénat*, t. 1, 2014, p. 94.

⁷³¹ Article 56 du contrat.

⁷³² *Idem*, article 58.

⁷³³ *Idem*, article 64.

⁷³⁴ *Idem*, article 59.

⁷³⁵ CE, 23 avril 2001, n° 186424, *SARL Bureau d'études techniques d'équipement rural et urbain*.

⁷³⁶ *Rapport du Sénat*, préc., p. 94, qui cite : CE, 16 février 1996, n° 82880, *Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers*.

⁷³⁷ CE, 11 juillet 1939, *Sieurs Thouna, Roch et Antoine*, Lebon p. 468. n°21.

⁷³⁸ CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des tramways*.

Ecomouv', mais encore se posait la question de la qualification juridique, au regard des stipulations du contrat, de la suspension⁷³⁹. En effet, « cette décision ne pouvait être rapprochée d'aucune stipulation du contrat de partenariat avec *Ecomouv'*, lequel ne prévoyait pas le cas d'une "suspension" ni, *a fortiori*, les conséquences qu'une telle décision pouvait emporter sur le contrat ou les cocontractants »⁷⁴⁰ : les stipulations prévoyaient simplement un fonctionnement des ouvrages sans perception de la taxe⁷⁴¹. C'est finalement la résiliation pour motif d'intérêt général qui fut retenue comme le fondement juridique le moins risqué⁷⁴², et à la suite d'une transaction, la société fut certes finalement indemnisée à hauteur de 957,58 millions d'euros⁷⁴³, mais engagea un plan social pour ses 210 salariés et fut mise en cessation d'activité...

177. Risques du negotium – Le contenu du contrat pourra lui-même être source de risque et celui-ci pourra quelquefois être circonscrit par le biais de mesures de prévention. L'on notera néanmoins l'encadrement strict dont font l'objet les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité⁷⁴⁴, ou encore l'impossibilité de mettre en place une prévention conventionnelle du risque « produit » en cas de dommage corporel. De même les limitations de garantie se trouvent-elles refoulées hors du champ des contrats de consommation, hors cas particuliers. La prévention du risque « produit » sera néanmoins possible hors ces quelques limitations, et sera d'une importance cruciale dans les contrats commerciaux afin de protéger les contractants contre une mise en œuvre extensive de leur responsabilité.

178. Risques de l'instrumentum – S'il est un risque très souvent négligé, c'est bien celui dont la source se niche au sein même de la formalisation de l'accord intervenu entre les parties. Or les risques qui pèsent sur le *negotium* du fait de l'*instrumentum* sont nombreux, qu'ils tiennent à une maladresse de rédaction (le risque est alors que l'accord étant imparfaitement formalisé, le cocontractant trouve là prétexte à une exécution non conforme aux attentes

⁷³⁹ V. aussi : *Rapport du Sénat*, t. 1, préc., p. 95 : « s'agissant de la suspension de l'écotaxe, force est de constater que la situation apparaît unique. [...] Aucune disposition n'aborde la question de la suspension. À quoi peut s'apparenter la suspension par le Gouvernement d'une disposition législative votée à l'unanimité par le Parlement, mais dont la mise en œuvre est conditionnée à la parution de textes réglementaires de la responsabilité gouvernementale? À un cas de force majeure ? À une décision d'ordre public ? ».

⁷⁴⁰ « L'écotaxe poids-lourds : un échec stratégique, un abandon couteux », in. *Rapport public de la Cour des comptes*, 2017, p. 208.

⁷⁴¹ *Idem, ibid.*

⁷⁴² *Idem*, p. 209.

⁷⁴³ *Idem*, p. 212.

⁷⁴⁴ Notamment lorsqu'elles conduiraient à porter atteinte à l'obligation essentielle du contrat : disposition désormais intégrée, depuis la réforme de 2016, à l'article 1170 du Code civil.

initiales), ou mêmes à certaines déficiences (silence de la convention sur la fin de vie du contrat, risque de renouvellement tacite, risque de la preuve, etc.). Or la jurisprudence aura tendance à faire peser le *risque de l'ambiguïté* sur le contractant considéré comme partie forte à la convention⁷⁴⁵ : l'article L. 211-1 al. 2 du code de la consommation, dispose ainsi que les clauses obscures s'interpréteront « en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur »⁷⁴⁶. Il convient notamment d'apporter une attention particulière à l'articulation entre les conditions générales et les conditions particulières de façon à éviter le risque de conflit entre stipulations (« *battle of the forms* »⁷⁴⁷). Les premières « correspondent à la partie du contrat qui, dans l'esprit de l'entreprise qui les établit, doit être d'application constante »⁷⁴⁸, et que viennent amender les conditions particulières. Or en situation contentieuse, si les juges feront habituellement application de l'adage classique *specialia generalibus derogant* pour faire prévaloir les conditions particulières sur les conditions générales, il peut arriver, en situation de chevauchement de clauses et de relative obscurité pouvant justifier de leur part une interprétation, qu'ils retiennent la clause générale dès lors qu'elle leur apparaîtrait plus équitable. En outre, la contradiction peut aussi se manifester entre deux ensembles de stipulations de même valeur : le plus souvent entre les conditions générales de vente et les conditions générales d'achat, le risque étant alors celui d'une *neutralisation mutuelle* des clauses contradictoires⁷⁴⁹.

2. Les risques « médiats »

179. Définition – Au sein de la catégorie des risques endogènes, les risques que nous appelons « médiats » se distinguent par le fait que *leur source, à l'instar des risques endogènes purs, se situe certes dans le contrat lui-même, mais que leur réalisation n'est que l'effet porté sur le contrat – ou la conséquence – d'un événement extérieur*⁷⁵⁰. C'est en réalité

⁷⁴⁵ Ainsi a-t-il été jugé par exemple que « dès lors qu'il est relevé qu'il existe une confusion dans l'interprétation des clauses du contrat qui a sa source dans l'ambiguïté rédactionnelle et qu'aucun élément du dossier n'indique que des explications claires avaient été fournies, la compagnie d'assurance doit assumer la responsabilité d'un libellé contestable de la clause litigieuse » (Civ. 1, 11 mars 2010 : CCC 2010.170, obs. RAYMOND).

⁷⁴⁶ V. par ex. : Civ. 2, 1^{er} juin 2011, Bull. civ. II, n°126 : D.2011.1612, obs. RAVEL D'ESCLAPON ; *Defrénois* 2011.1485, obs. J-B SEUBE.

⁷⁴⁷ F-X TESTU, *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 1^{ère} éd., 2010, n°21-30.

⁷⁴⁸ *Idem*, n°21-23.

⁷⁴⁹ Depuis la *Loi HAMON*, qui a introduit l'article L. 441-6 du code de commerce, il semble bien que de telles contradictions se résolvent au détriment des conditions générales d'achat : « les CGV constituent désormais le socle unique de la négociation commerciale : elles doivent constituer le point de départ de la négociation commerciale, qui ne saurait être initiée à partir des CGA » (L. et J. VOGEL, *op. cit.*, p. 30).

⁷⁵⁰ En outre, un même événement pourra avoir pour seul effet de répercuter au sein du contrat les effets de la réalisation d'un risque extérieur, mais aussi être à la fois une source de risque médiate et purement interne.

la survenance de cet événement extérieur qui va déclencher la réalisation du risque au sein du contrat. L'existence d'un risque médiate implique donc d'identifier dans le contrat soit un élément interne de *rattachement* du contrat à une source de risque qui lui soit extérieure, soit un élément de *contamination* extérieure susceptible de pénétrer dans la relation contractuelle.

180. Élément de rattachement à une source extérieure de risque – La qualité juridique des parties, outre le fait qu'elle peut constituer un risque endogène pur, pourra aussi être un risque médiate lorsqu'elle conduit à rattacher le contrat à un système juridique ou juridictionnel particulier : la soumission au droit de la consommation résultant de la qualité de consommateur du cocontractant ; l'attribution du litige qui naîtrait éventuellement à l'ordre judiciaire ou administratif selon que le contrat implique ou non une personne publique, ou aux juridictions commerciales pour les litiges entre commerçants⁷⁵¹ ; la soumission de la partie commerçante aux règles civiles gouvernant l'administration de la preuve (exigence d'une preuve littérale) dans les actes mixtes, et le bénéfice corrélatif de la liberté de la preuve du droit commercial au seul profit du non commerçant ; l'impossibilité de déroger à certaines dispositions impératives de la loi du 6 juillet 1989 en matière de baux d'habitation au bénéfice du locataire ; etc. Autant de dispositions dont l'application est conditionnée *par la recherche d'une qualité personnelle d'une partie*, et qui doivent à ce titre être prises en compte lors de la cartographie des risques au cours de la phase de rédaction du contrat. Or, il apparaît dans l'ensemble difficile d'échapper à ces conditionnements par la voie conventionnelle. Certes des possibilités existent (par exemple les conventions sur la preuve⁷⁵² permettant d'aménager le régime probatoire antérieurement à la survenance d'un éventuel litige, en écartant *a priori* les règles légales des articles 1353 et s. du Code civil), mais dans l'ensemble, la prévention conventionnelle de tels risques se révèle malaisée, justement parce qu'elle est le plus souvent voulue par le législateur comme une protection d'une partie jugée plus vulnérable, et revêt donc les caractères de l'ordre public.

De la même façon, *le contenu du contrat*, ou *la qualité juridique des contractants*, pourra constituer *un risque médiate de rattachement à une compétence ou à un ordre juridique étrangers*. La condamnation en 2015 de la société française BNP Paribas par une juridiction new-yorkaise en est une illustration. En l'occurrence, l'utilisation de l'USD dans des transactions effectuées depuis le territoire européen avec des pays, certes sous embargo américain mais en conformité avec la législation européenne, suffisait à fonder la compétence

⁷⁵¹ Article L. 721-3 du code de commerce.

⁷⁵² L'article 1351 du Code civil.

des juridictions américaines et l'applicabilité du droit américain⁷⁵³, en raison de l'obligation de compenser (« *clearing* ») toute transaction internationale en USD depuis une chambre de compensation située sur le territoire américain.

181. Le cas des groupes de contrats – La notion de groupe de contrats demeure floue : l'on dira que « l'expression vise des contrats qui, tout en étant liés entre eux, conservent leur individualité. [...] le groupe de contrats associe plusieurs contrats sans en faire, à la différence du contrat complexe, un contrat unique »⁷⁵⁴. L'on sait depuis l'arrêt *BESSE* du 12 juillet 1991⁷⁵⁵ que « le sous-traitant n'est pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage », et que seules les chaînes de contrats translatives de propriété sont susceptibles de donner lieu à une transmission au sous-acquéreur des droits attachés à la chose en tant qu'accessoire⁷⁵⁶. Dans ce cas donc, l'objet du contrat (le transfert de la propriété d'une chose) *constitue un élément médiateur susceptible de permettre à un risque extérieur à la relation contractuelle de surgir en son sein* : action en responsabilité exercée par le sous-acquéreur contre les vendeurs antérieurs, action en garantie des vices cachés, mais aussi en sens inverse pour le contractant souhaitant agir en direction d'une partie extérieure à sa propre convention : opposabilité à son égard de tous les moyens de défense stipulés à l'égard du premier contractant⁷⁵⁷. Pour les autres types de « groupes de contrats », le principe de l'effet relatif des conventions est appelé à faire barrage à une quelconque porosité entre les différents contrats qui en sont les composantes⁷⁵⁸, ce qui sur le plan de la prévisibilité doit être approuvé.

182. Caractère positif ou « négatif » de l'élément de rattachement – La source de risque médiateur peut être un élément *positif*, mais aussi *négatif* en quelque sorte. Ainsi, alors que le

⁷⁵³ En l'occurrence l'*International Emergency Economic Powers Act*, loi fédérale datant de 1977 permettant en réponse à une menace inhabituelle et extraordinaire pour les États-Unis de restreindre le commerce envers certains pays.

⁷⁵⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 100, n°77, qui regroupent sous ce terme les chaînes de contrats, le sous-contrat, le cocontrat, et l'ensemble contractuel.

⁷⁵⁵ Ass. plén. 12 juillet 1991, *BESSE*, n°90-13602 : *G.A.J.C.*, n°176 ; D.1991.549, note J. GHESTIN ; *JCP G* 1991.II.21743, note G. VINEY ; *Deffrénois* 1991.130, note J-L AUBERT ; CCC 1991, n°200, obs. L. LEVENEUR ; *RTDCiv.*1991.750, obs. P. JOURDAIN ; *idem*, 1992, p. 90, obs. J. MESTRE. Antérieurement : Civ. 1, 21 juin 1988, n°85-12609, Bull. civ. I, n° 202 p. 14 : *G.A.J.C.*, n°174 ; D.1988.5, note C. LARROUMET ; *JCP* 1988.II.21125, note P. JOURDAIN ; *Deffrénois* 1989.357, obs. J-L AUBERT ; *RTDCiv.*1989.74, obs. J. MESTRE ; *idem*, p. 107, obs. Ph. REMY.

⁷⁵⁶ Civ. 1, 9 octobre 1979, Bull. civ. I, n°241, p. 192 : D.1980.222, obs. C. LARROUMET ; *RTDCiv.*1980.354, obs. G. DURY ; Ass. plén. 7 février 1986, n°83-14631 et 83-15189, Bull. 1986, n°2, p. 2 : *G.A.J.C.*, n°268 ; D.1986.293, note A. BENABENT ; *JCP* 1986.II.20616, note Ph. MALINVAUD ; *RTDCiv.*1986.364, obs. J. HUET ; *idem*, p. 594, obs. J. MESTRE ; *idem*, p. 605, obs. Ph. REMY.

⁷⁵⁷ Civ. 1, 3 novembre 2016, n°15-18340 : CCC 2017, n°2, p. 57, note L. LEVENEUR.

⁷⁵⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 505.

principe dans le droit des contrats internationaux est la loi d'autonomie⁷⁵⁹ qui assure aux parties une pleine liberté dans le choix du droit applicable à leur contrat⁷⁶⁰, un silence de la convention sur ce point pourra receler un risque. Ainsi, en ce qui concerne le droit matériel, certaines normes fonctionneront selon le système de l'*opt out*, c'est-à-dire qu'elles ne s'appliqueront que lorsqu'elles n'auront pas été expressément écartées⁷⁶¹ : ainsi, à défaut de stipulation excluant son application, la *Convention de Vienne* s'appliquera au contrat, quoi que les parties ne l'aient pas expressément prévu.

Par ailleurs le silence quant au rattachement du contrat à un ordre juridique ou de compétence, déclenchera l'application de règles impératives sans procéder en théorie⁷⁶² à une recherche de « la volonté hypothétique des parties, ni [de] leurs attentes supposées, ni [du] choix qui, idéalement, leur aurait le mieux convenu »⁷⁶³. Le *Règlement CE n° 593/2008 du 7 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)* a ainsi énoncé un certain nombre de règles de rattachement objectives : résidence habituelle, objet matériel du contrat, mode de formation, etc. qui seront susceptibles de désigner un droit autre que celui qu'avaient envisagé les parties sans pour autant le formaliser dans leur convention... Il faut pourtant reconnaître à ce texte le mérite d'avoir non seulement grandement réduit le risque judiciaire qui pesait sur le contrat sous l'empire de la *Convention de Rome*⁷⁶⁴ applicable antérieurement, et d'être en outre gouverné par « une préoccupation générale [qui] se dégage [...] de l'énumération : la prévisibilité de la détermination de la *lex contractus* »⁷⁶⁵. Ainsi, « la résidence habituelle et ses déclinaisons ont été choisies car elles ont une supériorité fonctionnelle sur le lieu d'exécution [...] : elles sont en principe aisément identifiables et elles fournissent un rattachement prévisible »⁷⁶⁶.

183. L'immixtion judiciaire par les brèches de l'*instrumentum* – Le risque tenant à la mauvaise rédaction de l'*instrumentum* a déjà été évoqué. En effet, celle-ci offrira certes l'occasion au cocontractant de ne point satisfaire les attentes initiales, faute de preuve de leur réalité (*risque endogène pur*), mais sera aussi une brèche par laquelle le pouvoir

⁷⁵⁹ M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op. cit.*, not. p. 162 et s.

⁷⁶⁰ Cela vaut pour le droit matériel (*idem*, n°75, p. 55), comme pour les règles relatives à la compétence.

⁷⁶¹ *Idem*, n°76, p. 55.

⁷⁶² V. néanmoins la question des clauses d'exception et des directives résiduelles de rattachement : *idem*, p. 206 et s.

⁷⁶³ *Idem*, n°242, p. 187.

⁷⁶⁴ *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles internationales*. Cf. M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op. cit.*, p. 192.

⁷⁶⁵ *Idem*, p. 193.

⁷⁶⁶ *Idem*, n°249, p. 193-194.

d'interprétation judiciaire pourra s'immiscer au milieu du contrat et porter atteinte aux stipulations initiales en raison de leur manque de clarté rendant nécessaire une interprétation (*risque médiat*). En outre l'insertion du contrat dans un ensemble contractuel plus vaste, pourra également constituer un risque médiat : l'obscurité ou le silence de la convention pourront conduire le juge à l'interpréter à la lumière de l'ensemble dans lequel il s'inscrit⁷⁶⁷. Ainsi que le souligne un auteur, « la limite au pouvoir d'interprétation du juge réside dans l'existence d'une clause claire et précise, car alors l'interprétation reviendrait à déjouer la sécurité juridique en contrariant la force obligatoire »⁷⁶⁸.

184. Intérêt de la distinction du risque purement endogène et du risque médiat – Le risque purement endogène trouvant sa source au sein même de la relation contractuelle, il entre dans le périmètre d'efficacité de la volonté, et il sera possible de le circonvenir par des stipulations adéquates visant, sauf exceptions, à *éliminer la source même du risque*. A l'inverse, le risque médiat procède d'une certaine ambiguïté : si la source de l'événement dommageable se trouve bien au sein du contrat, elle n'est qu'une intermédiation *dont la cause première doit être recherchée en dehors de la relation elle-même*, parmi les sources exogènes de risque, dont elle répercute l'effet dans le périmètre contractuel. Or celles-ci ne sont pas susceptibles d'une contrainte conventionnelle directe, c'est-à-dire visant à éliminer la source du risque : dès lors qu'elles joueront sur le contrat par le canal des sources médiatees ainsi identifiées, il deviendra possible d'envisager néanmoins une régulation *en isolant les répercussions du risque exogène par une contrainte exercée sur la source médiate*.

B) Risques exogènes

185. Un risque à relativiser – Lorsqu'on évoque le risque en matière contractuelle, l'on songe spontanément aux bouleversements extérieurs⁷⁶⁹ contre lesquels bien souvent le contrat a pour vocation d'établir un espace prévisible, sinon certain. Un auteur définissait le risque externe comme une perturbation « de la ligne idéale convenue par les parties résultant d'événements extérieurs à leurs comportements : mouvements imprévus des prix, perturbations du taux de

⁷⁶⁷ Civ. 1, 28 octobre 2015, n°14-11498 : Gaz. Palinéa 17 déc. 2015, note J. LASSERRE DE CAPDEVILLE ; *RDC* 2016.207, note E. SAVAUX ; *D.*2016.187, note S-M FERRIE ; *CCC* 2016, comm. n°24, note S. BERNHEIM-DEVAUX. *Comp.* : Civ. 1, 10 sept. 2015, n° 14-13658 ; Civ. 1, 13 mars 2008, n° 06-19.339, *Bull. civ. I*, n° 72 ; Civ. 1, 22 mars 2012, n° 09-72.792, *Bull. civ. I*, n° 62.

⁷⁶⁸ S-M FERRIE, « L'ensemble contractuel : nouvelle clé de l'interprétation du contrat », *D.*2016.189

⁷⁶⁹ L'on pourra se référer par exemple à la typologie retenue par la COFACE *in*. J-L AMELON, J-M CARDEBAT, *Les nouveaux défis de l'internationalisation, Quel développement international pour les entreprises après la crise ?*, Editions De Boeck université, 2010, p. 259 et s.

change, événements sociaux, politiques ou économiques divers, innovations législatives ou réglementaires, évolution technologique... »⁷⁷⁰. Là encore la diversité des événements extérieurs au contrat pouvant en perturber le cours oblige à adopter une typologie en fonction de la nature de leur source, une fois entendu que celle-ci se situera nécessairement hors du champ contractuel. Il sera ainsi possible de distinguer les risques naturels (cataclysmes divers, et plus largement les conditions climatiques, les aléas de la vie humaine, etc.), les risques sociaux (grèves, manifestations, guerres), les risques politiques, les risques juridiques, les risques économiques.

Le *risque politique*, ou « risque pays », est « le risque de matérialisation d'un sinistre, résultant du contexte économique et politique d'un Etat étranger, dans lequel une entreprise effectue une partie de ses activités »⁷⁷¹. Les illustrations sont nombreuses, et l'on songera par exemple, pour prendre un exemple récent et particulièrement marquant en France à l'annulation du contrat de vente de deux navires, conclu entre DCNS et la société *Rosoboronexport* (ROE), organisme russe chargé de l'import-export de matériels militaires. En 2009, la Fédération de Russie avait fait part au gouvernement français de sa volonté d'acquérir plusieurs bâtiments de projection et de commandement (dits « BPC ») de classe Mistral, construits par le groupe DCNS, spécialiste de l'industrie navale militaire. Un accord intergouvernemental fut signé en 2011, suivi, six mois plus tard du contrat commercial pour un montant de 1,12 milliard¹. Mais à la suite de l'ingérence russe dans la crise ukrainienne de 2014, le Conseil européen ayant adopté un certain nombre de sanctions économiques, dont un embargo sur les livraisons d'armes à destination de la Russie¹, le contrat fut suspendu sur injonction de l'Etat français. Un autre exemple de risque politique peut être trouvé dans les mouvements de révision des contrats miniers et pétroliers régulièrement initiés sur le continent africain⁷⁷², voire dans les hypothèses de nationalisation de certaines entreprises considérées comme ayant une valeur stratégique par le gouvernement en place. Pour spectaculaires qu'elles soient, ces manifestations du risque politique doivent être relativisées

⁷⁷⁰ *Idem*, n°17.

⁷⁷¹ B. MAROIS, *Le Risque-Pays*, PUF, 1990.

⁷⁷² V. sur ce sujet : « L'Afrique révisé les contrat miniers » par R. CUSTERS, *in. Le Monde diplomatique*, juill. 2008, p. 12-13. Entre autres pour les exemples les plus récents : en Guinée en 2012, au Mali en 2013, au Sénégal (annonce du Président SALL en juin 2015), et surtout en République démocratique du Congo (cf. M. MAZALTO, « La réforme du secteur minier en République démocratique du Congo : enjeux de gouvernance et perspectives de reconstruction », *in. Afrique contemporaine*, 2008/3, n°227, p. 192 ; B. K. MUSAMPA, « Enjeux et perspectives de renégociation des contrats miniers en Afrique subsaharienne : le cas de la République démocratique du Congo », *Note d'analyse politique*, n°29, juin 2015, consulté sur www.thinkingafrica.org le 17.02.2017).

en raison du fait qu'elles se trouvent circonscrites à des domaines relativement précis et particulièrement exposés à de telles manifestations du pouvoir souverain des Etats.

Le *contexte économique* sera lui aussi sujet de variations. Par définition les prévisions des parties, notamment en ce qui concerne l'équilibre financier de l'opération contractuelle, vont être déterminées par la prise en compte de ce contexte dans la mesure où elles ont normalement pour vocation de maximiser le profit moyen négocié entre chacune des parties au vu des possibilités de gains et de pertes qui sont une donnée objective résultant de paramètres économiques que les parties ne contrôlent pas. Ainsi d'une opération immobilière conclue au moment où le marché est porteur et qui pourra se retrouver déficitaire en raison d'une hausse des taux de crédit ou de la baisse de la demande ; ou d'un loyer fixé en considération d'un certain état du pouvoir d'achat lorsque celui-ci se détériore (ce qui avait d'ailleurs donné lieu à l'affaire du *Canal de Craponne*). Il va de soi qu'une analyse *rationae temporis* de l'opération sera alors nécessaire : plus elle sera étendue dans le temps, et plus elle sera susceptible d'être affectée par de telles variations. La conclusion de tels contrats devra alors être précédée d'une étude prospective particulièrement minutieuse, en particulier au stade de l'élaboration du « *business plan* » dans lequel devront être intégrés les risques d'obsolescence du produit ou du service envisagé et partant, les possibilités d'évolution ou de reconversion⁷⁷³. Le risque de change doit également être considéré. Lorsque les parties stipulent le prix de leur accord, elles doivent avoir à l'esprit que la monnaie constitue un instrument d'échange particulièrement volatil. Pourtant là encore, des techniques efficaces existent pour se prémunir de tels risques, que ce soit par le biais de clause visant à écarter le risque de change (clauses d'option de change ou multidevises, accords de compensation, « *buy-back* ») ou à l'intégrer via par exemple une clause d'indexation.

§2 : Unité de cause

186. Annonce du plan – La cause du risque apparaît sous un jour unitaire, qui transcende la diversité des sources : la dimension temporelle du contrat (A) est en effet la cause d'une incertitude (B).

⁷⁷³ Cela est particulièrement vrai dans le secteur des nouvelles technologies, de l'énergie (avec le développement exponentiel du recours aux énergies renouvelables), etc.

A) Le temps, support du risque

187. Le contrat objet temporel – HEBRAUD disait du temps qu'il « apparaît [...] comme le support, comme la substance de tout le droit »⁷⁷⁴. L'observation vaut tout particulièrement pour le contrat, objet juridique désincarné (le droit français, attaché à la tradition consensualiste, a toujours fait prévaloir le *negotium* sur l'*instrumentum*), mais qui n'en demeure pas moins, en raison de sa nature⁷⁷⁵, inséré dans le temps et, de ce fait, soumis aux effets de celui-ci, qui peuvent être, comme pour toute chose, bénéfiques⁷⁷⁶ comme néfastes. Le temps est une notion philosophique difficile à appréhender⁷⁷⁷. *Il n'est pas une réalité en soi*, mais selon la formule classique, la seule mesure du mouvement, c'est-à-dire *la considération des états successifs de l'Être*. Toute chose qui est, n'a d'existence que dans le présent, ce laps de temps insaisissable⁷⁷⁸, et le temps n'a alors de réalité que dans la considération de la succession des états présents de celle-ci. Pour HEBRAUD, « le droit ayant pour matière l'activité humaine sous l'aspect des relations sociales, peut être envisagé de deux points de vue. Du point de vue externe, les actes qui constituent les manifestations de cette activité et les relations qui en naissent s'échelonnent et se situent dans le temps, en le remplissant par la succession de leurs événements. Du point de vue interne, *l'acte apparaît comme un présent* qui, par un mouvement lié de concentration et d'épanouissement, recueille le retentissement du passé et de l'avenir, et tend à se projeter sur eux »⁷⁷⁹. Tout ce qui est en-dehors du présent est donc finalement dénué de toute réalité : ce ne sont que souvenirs ou espérances⁷⁸⁰, et le futur contractuel qui suscite tant de questionnements et apparaît chargé de tellement de menaces pour les contractants n'est donc rien *en soi*, sinon le support d'un certain nombre d'espérances plus ou moins fondées quant aux évolutions susceptibles d'intervenir dans ce qui est, et en considération de quoi le contrat a été passé⁷⁸¹.

⁷⁷⁴ P. HEBRAUD, préc., p. 2.

⁷⁷⁵ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in. *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 643.

⁷⁷⁶ A. BENABENT, *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 2013.

⁷⁷⁷ Dans l'un des plus beaux passages de ses *Confessions* (chap. XIV, §17), Saint AUGUSTIN disait : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si personne ne me le demande, je le sais ; si je cherche à l'expliquer à celui qui m'interroge, je ne le sais plus ». V. not. M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2010.

⁷⁷⁸ Saint AUGUSTIN, *op. cit.*, chap. XVIII, §23 : « S'il est vrai que l'avenir et le passé soient, où sont-ils ? Si cette connaissance est encore au-dessus de moi, je sais pourtant que, où qu'ils soient, ils n'y sont ni passé, ni futur, mais présent : le futur, comme tel, n'y est pas encore ; le passé, comme tel, n'y est déjà plus. Où donc qu'ils soient, quels qu'ils soient, ils ne sont qu'en tant que présent ».

⁷⁷⁹ P. HEBRAUD, préc., p. 7. Nous soulignons.

⁷⁸⁰ *Idem*, p. 4.

⁷⁸¹ A. SERIAUX, préc., p. 78. Saint AUGUSTIN disait : « voir l'avenir, ce n'est pas voir ces réalités futures qui ne sont pas encore, mais peut-être *les causes et les symptômes qui existent déjà* ; prémices de l'avenir déjà présentes

188. Le contrat sujet du mouvement affectant toute chose – Un auteur a pu dire que « le futur contractuel affecte [...] de deux manières distinctes les deux dimensions fondamentales du contrat. En tant qu'il est activité immanente, projection de volontés humaines dans le monde du droit, c'est la représentation du futur qui domine le champ de la volonté contractuelle ; en revanche, en tant qu'il est inclus dans un ordre juridique transcendant, passage obligé du juste correctif, c'est la réalisation du futur qui met alors en cause la justice contractuelle »⁷⁸². Le futur est en effet un aspect de la dimension intrinsèquement dynamique de toute chose qui intervient dans une réalité dont il convient d'admettre comme postulat qu'elle n'est jamais qu'un instant dans une continuité où s'enchaînent, autant que la chose a une quelconque existence, la puissance et l'acte. C'est dans cette continuité que doivent être situées l'ensemble des problématiques auxquelles entendent répondre les principes ou mécanismes évoqués. La question de la temporalité de l'être est l'une des plus classiques qui soit en philosophie. « Tout passe et rien ne demeure »⁷⁸³ disait PLATON, à la suite d'HERACLITE d'Ephèse : « on ne peut pas entrer une seconde fois dans le même fleuve, car c'est une autre eau qui vient à toi »⁷⁸⁴. Le changement perpétuel affecterait donc la possibilité d'une permanence de l'Être, au point que le Mouvement serait selon certains la véritable substance des choses. Si une telle conclusion ne peut être suivie⁷⁸⁵, elle permet cependant d'illustrer le problème particulièrement prégnant que pose au contrat sa temporalité : *celui de sa soumission par nature au changement dont celle-ci est nécessairement le support*. Le futur contractuel ne saurait donc être considéré seul : quel en serait l'effet s'il n'y avait ni présent ni passé ? En vérité, le futur n'est un objet d'inquiétude pour les parties au contrat que dans la mesure, et parce qu'il y a, un état présent et passé de leur relation *pouvant se trouver en bute, dans leur détermination désormais irrévocable, à l'état dont le futur est porteur*.

189. Le contrat, détermination actuelle d'un futur mouvant – Il en résulte que toute relation contractuelle conjugue deux dimensions parallèles. Elle est tout d'abord un présent déterminé par lequel l'homme va exercer son emprise sur le temps⁷⁸⁶, laquelle « se réalise dans l'action,

aux regards de la pensée qui, le conçoit; et cette conception est déjà dans l'esprit [...] l'avenir n'est pas encore; donc il n'est pas, donc il ne peut se voir; mais il se peut prédire d'après des circonstances déjà présentes et visibles » (*in. Les Confessions*, chap. XVIII, §24).

⁷⁸² A. SERIAUX, « Le futur contractuel », *in. Le Droit et le futur...*, Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 85 et s., n°7.

⁷⁸³ PLATON, *Cratyle*, 402 a.

⁷⁸⁴ Cité par Eusèbe de CESAREE, *in. Préparation évangélique*, XV, 20, 2.

⁷⁸⁵ V. notamment sur la pensée d'ARISTOTE qui réfute cette vision en apportant la notion de puissance par rapport à l'acte : J. CHEVALIER, *Histoire de la pensée, 1. La pensée antique*, Flammarion, 1955, p. 320 et s.

⁷⁸⁶ P. HEBRAUD, *préc.*, p. 27.

et par conséquent dans le présent »⁷⁸⁷ : or « le ressort qui anime l'action c'est la prévision »⁷⁸⁸, par laquelle les parties entendent perpétuer dans l'avenir leur volonté présente⁷⁸⁹. Mais elle est aussi un futur mouvant, qui révèle l'emprise du temps sur l'homme⁷⁹⁰, et c'est de cette confrontation que naît le risque lorsque la perpétuation ce qui *est* dépend de paramètres dont les parties n'ont pas la maîtrise. Un contrat purement instantané n'est *en théorie* pas une opération risquée : ce qui *est* disparaît aussitôt que réalisé⁷⁹¹. Un contrat futur n'est pas non plus risqué : quand bien même on ne connaîtrait pas aujourd'hui l'état de ce sur quoi on entend contracter, il sera toujours temps de l'intégrer dans l'acte de volonté une fois le temps futur devenu actuel. Seul un contrat comportant une prévision actuelle quelconque et appelé à étendre son exécution peu ou prou dans l'avenir est confronté à la problématique du caractère contingent, aléatoire, inévitablement attaché à ce qui n'est pas encore et se trouve en attente de détermination.

190. Définition(s) du risque – De nombreuses études ont été consacrées à la notion d'aléa, qu'un auteur définissait comme tout « événement favorable ou défavorable, qui peut soit se réaliser, soit ne pas se produire »⁷⁹². L'incertitude pesant sur sa réalisation – son indétermination – est la caractéristique principale de l'aléa et, au stade de la seule éventualité, fait peser sur la situation un risque, qu'il est alors possible de définir comme la « [...] mesure d'un effet aléatoires », c'est-à-dire « [...] dans des circonstances déterminées, la relation qui lie une perte à sa probabilité »⁷⁹³. Dans une optique plus économique, le risque peut être défini comme « l'effet de l'incertitude sur les objectifs » de l'entreprise⁷⁹⁴. Le risque suppose

⁷⁸⁷ *Idem, ibid.*

⁷⁸⁸ *Idem, ibid.*

⁷⁸⁹ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, L. TENIN, Paris, 2^{ème} éd., 1916, p. 201 : « le contrat représente [...] la tentative la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision ». Nous soulignons.

⁷⁹⁰ P. HEBRAUD, préc., p. 8.

⁷⁹¹ Ainsi n'y-a-t-il pas, par principe et sous réserve de clauses contraires, de risque pesant sur le transfert de propriété dans un contrat de vente, celle-ci étant « acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix [...] » (article 1583 du Code civil). Cf. *infra* : n°508.

⁷⁹² R. KHAN, *La notion de l'aléa dans les contrats*, Paris, 1924. V. aussi : G. CORNU (s. la dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., V. *aléa* : « événement de réalisation ou de date incertaine ».

⁷⁹³ R. KHAN, *op. cit.*, p. 2. V. aussi : J. MOURY, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.*2012.1020, qui définit le risque comme « un événement prévisible dans sa possibilité de survenance et ses conséquences [...] ». V. aussi : F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTDCiv.*1983.263. L'auteur, après avoir énoncé que « l'idée de chance ou de risque implique [...] l'espérance ou la crainte d'un événement précis dont dépend pour une partie l'utilité de la convention », entend réserver le terme d'aléa « aux hypothèses où l'événement a été envisagé lors de la conclusion du contrat ». V. aussi, pour une appréhension de la notion en droit public, fondée sur une définition différente du risque : T. PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, préf. P. DELVOLVE, Paris II, LGDJ, 2013, Bibliothèque de droit public.

⁷⁹⁴ *ISO Guide 73 – Vocabulaire du management du risque.*

donc une *probabilité*, c'est-à-dire une mesure intellectuelle du degré d'indétermination actuelle de l'événement. Cela implique donc de ne pas considérer l'indétermination, l'incertitude de l'événement en soi, mais en relation avec l'intelligence qui tente de s'en saisir. La prévision apparaît alors comme une entreprise déliée de la notion de seule certitude : elle « consiste dans une représentation actuelle de l'avenir » et « s'opère par l'analyse du présent, appuyé sur la connaissance du passé, et l'application logique des lois de son évolution »⁷⁹⁵. Elle est donc susceptible de porter non seulement sur des événements certains, mais aussi sur des événements incertains, dès lors que cette incertitude est en tant que telle intégrée dans l'opération intellectuelle d'appréhension de l'avenir. Encore faut-il que cela soit possible...

191. Le prévisible : événements certains et événements incertains – La prévisibilité d'un événement dépend donc de la possibilité pour l'individu d'opérer une projection psychologique dans l'avenir afin de s'en saisir. Lorsque l'événement considéré est certain quoi qu'encore non réalisé, il apparaît comme éminemment prévisible. Sa réalisation peut être intégrée dans l'acte de prévision puisqu'elle ne laisse plus de place au doute. Lorsqu'en revanche l'événement est encore indéterminé il pourra, lorsqu'on le considère en lui-même, être soit prévisible soit imprévisible, en fonction de la possibilité qu'avait l'individu d'en anticiper la survenance à partir de l'état présent de la situation. La raison de ce défaut de prise en compte peut être recherchée dans l'impossibilité ou la grande difficulté à laquelle se heurte l'agent qui tenterait, en amont de l'événement, de percevoir la cause de sa réalisation⁷⁹⁶. A l'inverse, il est possible de dire de la prévisibilité d'un événement qu'elle est son incertitude maîtrisée par l'intelligence qui peut dès à présent saisir la cause de son évolution future et par là prendre en compte le risque qu'il représente. Ainsi, souligne un auteur, « il n'existe ni opposition franche ni assimilation totale entre fait incertain – ou aléa – et fait imprévisible. Seul les sépare le degré de probabilité de réalisation du fait, qui permet de distinguer dans l'ensemble des faits futurs incertains les faits prévisibles des faits imprévisibles »⁷⁹⁷. La possible survenance de l'ensemble de ces aléas constitue un risque, dont les parties ont forcément conscience lorsqu'elles s'engagent dans une négociation, mais dont les conséquences varieront en fonction de la plus ou moins grande prévisibilité affectant leur réalisation : la considération de l'état présent de la situation, dans chacun de ses aspects,

⁷⁹⁵ P. HEBRAUD, préc., p. 28.

⁷⁹⁶ A. BENABENT, *op. cit.*, n°6.

⁷⁹⁷ J. HEINICH, *op. cit.*, p. 14.

conduira en effet naturellement les parties à envisager son développement probable dans l'avenir.

192. L'action du droit en faveur de la prévisibilité – Finalement, peu importe qu'un événement soit certain ou non : seule son intégration dans l'opération psychologique par laquelle est élaboré l'équilibre initial du contrat est la cause d'une malformation néfaste de celui-ci. *Un événement certain – c'est-à-dire actuellement déterminé – mais dont la révélation ultérieure ne peut pas être anticipée par les parties sera ainsi une menace plus grave pour l'équilibre du contrat qu'un événement incertain dont l'indétermination était connue des parties qui ont élaboré leurs prévisions en la prenant en considération.* L'action du droit face au risque apparaîtra donc structurée autour de ces deux axes, visant soit la *certitude* soit la simple *prévisibilité* du risque, mais qui trouvent leur cohérence autour de l'idée que seul un environnement propice à l'élaboration de prévisions rend possible l'existence du contrat.

B) Le temps, cause de l'incertitude

193. De l'adjectif « incertain » souvent accolée au « futur »⁷⁹⁸ – L'existence d'un risque est cause d'incertitude. Pourtant, il est inexact de dire du futur, et du futur contractuel en particulier, qu'il est *en soi* certain ou incertain. La certitude, que LITTRE définit comme, premièrement ce « qui ne peut manquer, faillir, tromper, *en parlant des choses* », mais aussi ce qui est « fixé à l'avance, déterminé, invariable », qualifie en effet un objet ou un événement. Le futur en tant que tel n'est donc ni certain, ni incertain, et partant ne saurait constituer une menace de ce fait pour les parties. C'est donc, de manière plus logique, vers les Etres, et plus particulièrement vers les objets ou les événements – *vers chacun d'eux* – qu'il convient de se tourner pour identifier la source d'une éventuelle menace pour l'acte de prévision que constitue le contrat.

L'Etre, en effet, est par définition, permanence dans son essence autant que changement dans ses accidents, et c'est donc lui qui apparaît ou non marqué par l'incertitude, dans la mesure où sa détermination est dès à présent acquise ou soumise à un aléa qui se réalisera dans un temps

⁷⁹⁸ V. par ex. L. THIBIERGE, *op. cit.*, n°33, pour qui : « l'avenir est par nature "incertain". En dépit des Pythies ou du progrès technique, nul ne connaît par avance de quoi il sera fait ». A noter néanmoins l'emploi des guillemets par l'auteur, qui montre par la suite que ce n'est pas le futur qui est en soi incertain, mais qu'il est porteur d'une incertitude qui va nécessairement affecter la connaissance de celui qui tente d'appréhender les événements qui s'y produisent.

à venir. Dans le premier cas, ce qu'il sera ne fait aucun doute car plus rien de ce qui est nécessaire à l'existence de la chose ou de l'événement en ses aspects essentiels ne reste à déterminer. Dans le second cas il reste incertain puisque demeure une possibilité que la chose se détermine dans un sens ou dans l'autre. Cette application stricte de la notion d'incertitude ainsi définie, apparaît finalement déliée en soi de toute appréhension subjective de l'événement ou de l'objet : ce n'est pas l'appréhension psychologique de sa réalisation qui est ainsi qualifiée⁷⁹⁹, mais l'existence ou non de l'objet en tant que « déjà réalité » ou « encore potentialité » à l'instant présent où elle est considérée, en tant qu'acte ou seulement puissance pour reprendre une distinction aristotélicienne bien connue.

194. Une incertitude qui rejaillit sur l'appréhension intellectuelle de l'avenir – Une fois posé que l'incertitude ne saurait concerner le futur en lui-même, mais seulement les événements dont il est le support, encore faut-il admettre qu'elle rejaillit par ricochet sur l'appréhension intellectuelle de ces événements. Mais la source de cette incertitude *stricto sensu* n'est pas à rechercher dans la seule psychologie humaine, mais bien dans la cause *ou l'ensemble des causes* de l'événement qui apparaissent comme impossibles ou difficiles à saisir actuellement. Un auteur a montré que la différence entre l'imprévu et l'incertain se situe alors au niveau de la persistance d'un aléa non pris en compte par les parties : « l'incertain désigne l'événement envisagé par les parties, mais dont la survenance est aléatoire. L'imprévu qualifie l'événement auquel les parties n'ont pas songé. Ces deux substantifs s'inscrivent dans l'avenir. Celui-ci recèle à la fois des événements dont la survenance a été envisagée, et de véritables surprises. De fait l'avenir est constitué de l'imprévu et de l'incertain »⁸⁰⁰. Il nous semble pourtant que cette distinction purement psychologique oblige à des distinctions trop nombreuses pour constituer une notion suffisamment « maniable » par le juriste dans la mesure où l'incertitude *de la connaissance* est finalement marquée par une contingence qui oblige à des distinctions. En effet, rien n'est en ce sens, *en soi*, incertain : seule l'est la connaissance qu'*un certain observateur* a d'un objet, *à un certain moment*. Des matières telles que le droit des assurances ou encore les opérations de loterie constituent des exemples éclairants : alors que la rentabilité de l'opération semble particulièrement aléatoire pour tel béotien, cet aléa peut être grandement réduit pour ceux qui maîtrisent les calculs complexes

⁷⁹⁹ Cela ressort d'ailleurs de la définition même du terme « certain ». Pour LITRE, il signifie premièrement « qui ne peut manquer, faillir, tromper, *en parlant des choses* », deuxièmement ce qui est « fixé à l'avance, déterminé, invariable », et en troisième lieu seulement, qualifiant une connaissance : « en parlant des personnes, qui a la certitude de ».

⁸⁰⁰ L. THIBIERGE, *op. cit.*, n°34.

de la probabilité, nonobstant l'existence d'événements aléatoires affectant la réalisation du risque⁸⁰¹.

L'incertitude affectant la prévision d'un événement apparaît donc finalement assez déliée de l'indétermination de l'événement : des événements qui ne seraient pourtant affectés d'aucun aléa pourront ainsi donner lieu à une incertitude dans leur appréhension dès lors que leur réalisation future ne pouvait être saisie actuellement par l'intelligence de l'observateur. A l'inverse il ne paraît pas impossible qu'un événement dont la détermination future est soumise à un aléa puisse donner lieu à une connaissance plus ou moins certaine en fonction de la capacité de l'observateur à maîtriser cet aléa. Il semble donc que seule doive être prise en compte, non l'incertitude de la connaissance, mais la possibilité qu'a l'observateur, au moment présent, soit *a minima* d'avoir connaissance de cet aléa pour tenter d'en maîtriser les effets, soit même à le dépasser pour anticiper le résultat de sa réalisation.

195. Juguler l'imprévisibilité plus que l'incertitude – La question cruciale qui se pose au droit porte donc sur la nécessité de réduire *l'imprévisibilité des événements*, ce qui n'empêche pas de laisser prospérer des incertitudes inévitables, voire nécessaires⁸⁰². Il est cependant évident qu'accroître la prévisibilité a pour effet quasi mécanique la réduction de l'incertitude affectant la connaissance qu'ont les sujets de droit de tel objet ou de tel événement. Mais l'explication des orientations *techniques* prises pour ce faire, oblige à considérer que l'action menée par le droit vise seulement à permettre la prévision des risques plus qu'à réduire l'incertitude des faits ou de la connaissance qu'en ont les acteurs économique-juridiques, c'est-à-dire à supprimer tout aléa pouvant intervenir dans leur détermination future. Dans le cas contraire, cela reviendrait en réalité à porter une contrainte des déterminants à venir ce qui ne saurait se faire sans heurter un certain nombre de principes essentiels tels que la liberté contractuelle, ou l'exercice normal de la vie démocratique⁸⁰³.

⁸⁰¹ V. par. ex. en matière de contrat d'assurance : L. MAYAUX, « Contrat d'assurance », in. *Répertoire de droit civil*, 2014 (à jour : avril 2017), spéc. n°31 et s. De la même façon, les « aléas » de la production législative d'une démocratie seront relatifs à la qualité de l'observateur : l'on se plaît souvent à souligner l'inégalité que peuvent représenter tel ou tel changement de législation pour les entreprises en fonction de la qualité de leur service juridique, voire même de leur capacité à s'immiscer dans les arcanes des organes où sont prises les décisions, et qui, nonobstant de louables efforts de transparence caractéristiques de notre vie démocratique contemporaine, se drapent encore selon les mots célèbres du général DE GAULLE de « silence, splendeur des forts et refuge des faibles », voire de *combinazione* si l'on en croit MACHIAVEL.

⁸⁰² Dans le cas des contrats aléatoires.

⁸⁰³ L'*Avant-propos* de l'*Index de la sécurité juridique 2016* relève ainsi qu'« une sécurité juridique raisonnée n'est ni synonyme d'immobilisme, ni équivalente à l'absence de toute contrainte législative ou réglementaire, voire d'une contrainte minimale ».

196. Des mécanismes convergents à travers une apparente diversité – De ce point de vue, l'ensemble des mécanismes de régulation du risque apparaissent au premier abord comme les manifestations de préoccupations distinctes si l'on se cantonne à leurs seules implications techniques : certains sont en effet essentiellement dédiés au traitement du risque externe à la relation contractuelle (le principe de sécurité juridique, celui de l'effet relatif ou de l'opposabilité des conventions), quand d'autres sont plus tournés en direction d'une régulation du risque interne que fait peser sur le contrat la liberté des parties (le devoir de loyauté, la responsabilité contractuelle, etc.). Pourtant, cette apparente diversité, recèle en réalité une convergence indéniable : tant les interventions du législateur ou du juge dans les situations juridiques, que la liberté des parties au contrat en ses divers développements, n'appellent la mise en place de mécanismes régulateurs que parce qu'ils interviennent au sein du mécanisme contractuel comme un élément *a priori* suspensif ou *a posteriori* perturbateur de la détermination de tel ou tel élément qui le compose. En réalité, à travers chacun des aspects particuliers de la régulation dont ces principes ou mécanismes sont porteurs, *c'est le risque que fait peser sur le contrat son inscription dans une certaine temporalité qui les justifie.*

197. Conclusion de la sous-section 1 relative à l'unité conceptuelle du risque – Si le contrat se trouve indéniablement confronté à différentes figures de risque, notamment en raison de la diversité de ses sources, il est possible de proposer *une analyse unitaire de celui-ci*, tant sur le plan *de la définition* que *de l'effet* qu'il emporte sur le contrat. En effet, quelle que soit sa source, il apparaît que la cause première du risque contractuel demeure l'inscription du contrat dans une certaine durée. Dès lors, il nous semble possible de définir le risque contractuel comme *l'éventualité que la réalisation future d'un événement actuellement indéterminé mais connu des parties, ou que la révélation future d'un événement déterminé mais inconnu des parties, soit contraires à leurs prévisions.*

Sous-section 2 : Unité conceptuelle de la régulation

198. Introduction – Les techniques par le biais desquelles il est possible de mettre en œuvre cette régulation du risque reposent sur deux séries de considérations : les unes tiennent à l'identification objective de l'existence d'un aléa affectant la détermination de tel ou tel événement, les autres obligent à considérer les possibilités éminemment subjectives qu'a le contractant de parvenir au signifié par le biais du signifiant. Il s'en suit qu'il y a donc deux

manières de réguler le risque, qui ne sont pas forcément incompatibles du reste : le doit va quelquefois chercher à rendre certain l'avenir en supprimant la cause de l'aléa, et d'autres fois, ne pouvant agir sur l'aléa lui-même pour le résorber, il s'assurera seulement de sa prévisibilité, à charge ensuite pour les parties de s'en prémunir.

199. Annonce du plan – Dans le premier cas, la régulation passera par une élimination pure et simple du risque (§1), avec pour résultat la possibilité pour les parties d'acquérir une connaissance *certaine* de l'avenir contractuel. Dans le second cas, il s'agira, tout en laissant les événements suivre leurs cours, de s'assurer seulement que leur survenance ne surprenne pas le contrat. La régulation visera dans ce cas l'intégration de l'éventualité qu'il représente dans les prévisions des contractants (§2).

§1 : Le risque éliminé

200. Annonce du plan – On se contentera d'évoquer quelques illustrations de normes tendant soit à *supprimer* le risque (A), soit à *isoler* le contrat de l'effet que pourrait avoir sur lui la réalisation du risque (B) : dans les deux cas il s'agit d'offrir aux parties un espace de certitude dans lequel déployer leurs prévisions.

A) La suppression du risque

201. La neutralisation de la liberté du cocontractant – Le droit impose parfois certains comportements, de façon à éliminer toute indétermination actuelle de l'avenir. Ce faisant, aucun aléa ne pesant plus sur l'avenir contractuel celui-ci apparaît susceptible d'une connaissance certaine. C'est le cas par exemple de l'article 1304-2 du Code civil qui répute nulle « l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur [...] ». L'interdiction des conditions potestatives a un effet régulateur radical : la cause du risque, qui est l'arbitraire de la partie en la puissance de laquelle se trouve la condition, est éradiquée, et le cas échéant la réalisation du risque se trouve privée d'effet sur le contrat. La même idée se retrouve derrière les dispositions qui empêchent le pollicitant de rétracter son offre⁸⁰⁴, une fois celle-ci parvenue à son destinataire⁸⁰⁵, avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou d'un délai raisonnable⁸⁰⁶.

⁸⁰⁴ Sur cette question : cf. *infra* n°421 et s.

202. La recherche d'une certitude de la norme juridique – La partition fondamentale du temps législatif à travers les principes contenus aux articles 1^{er} et 2 du Code civil répond également à la volonté de ne point laisser prospérer de risque et donc à permettre une connaissance certaine de la norme applicable par les justiciables. La Cour de Justice de l'Union européenne veille ainsi scrupuleusement à ce que l'application temporelle de la norme dans les Etats membres ne soit point source d'incertitudes⁸⁰⁷. On relèvera également sans s'y étendre plus longuement l'importance déjà évoquée de la publication des lois, de la codification⁸⁰⁸, mais aussi le rôle essentiel que peut tenir sur le plan du droit substantiel l'œuvre de définition sans laquelle il n'est point de droit sûr⁸⁰⁹.

203. La réduction du risque de la preuve – Le droit de la preuve offre également une illustration intéressante de l'action directe sur la source du risque en vue de son élimination. L'article 1353 du Code civil instaure un jeu de balancier bien connu entre les parties au procès, à partir de la règle classique *actori incumbit probatio*. Les règles relatives à la charge de la preuve apparaissent alors comme un facteur non négligeable de risque dans la mesure où le justiciable qui, le premier, échoue à rapporter la preuve de ses prétentions succombera à l'instance par application de l'adage *idem est non esse aut non probari* : il y a là un risque très important de se voir débouté, faute de preuve, alors même que l'on sera parfois dans son bon droit. En matière d'actes juridiques l'article 1359 alinéa 1 du Code civil résout en partie le problème en imposant le système de la preuve littérale pour tout acte d'une valeur supérieure à 1500€. Quoi que l'effet de l'écrit sous-seing privé reste tout de même très relatif⁸¹⁰, la

⁸⁰⁵ Article 1115 du Code civil *a contrario*.

⁸⁰⁶ Article 1116 alinéa 1 du Code civil.

⁸⁰⁷ C.J.C.E, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*, aff.18/89 : « le principe de la sécurité juridique [...] qui fait partie de l'ordre juridique communautaire [...], exige que tout acte de l'administration qui produit des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel ledit acte existe et commence à produire ses effets juridiques... ». Nous soulignons.

⁸⁰⁸ V. not. les propos de M. PIAZZON (*op. cit.*, spéc. n°43) pour qui la consécration par le Conseil constitutionnel de « l'objectif à valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » (C. constit., 16 décembre 1999, DC n°99-421), venait ainsi accompagner et encourager l'œuvre de codification du droit entreprise depuis les années 1980. On se référera également à l'abondante bibliographie citée en note de bas de page par l'auteur.

⁸⁰⁹ Sur ce point V. not. L-M SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, préf. J. JULIEN, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2017.

⁸¹⁰ D'une part, hors cas de présomption légale, « la partie à laquelle on l'oppose peut désavouer son écriture ou sa signature » (article 1373 du Code civil), et il ne semble pas sur ce point que l'introduction dans le Code civil de l'acte contresigné par avocat (l'acte contresigné par avocat a été créé par la loi n°2011-331 du 28 mars 2011. Il reste un acte sous-seing privé) change réellement quelque chose quant à la force probante (sur ce point V. not. E. VERGES, « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016.486, p. 840. A l'inverse, le *Rapport au Président de la République* (préc.) mentionne une « force probante accrue », si ce n'est qu'il fait obstacle à toute dénégation d'écriture et de signature (sauf recours par la partie à laquelle on l'oppose à la procédure de faux des articles 299 et suivants du code de procédure civile), mais en outre, dans le respect

préconstitution par les parties de la preuve de leur droit permet ainsi de se prémunir de toute contestation ultérieure⁸¹¹. Le formalisme requis pour l'établissement d'un acte authentique apparaît comme un degré supplémentaire dans la réduction du risque de la preuve, puisqu'il fait foi de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constaté jusqu'à inscription de faux⁸¹².

204. L'imputation des risques⁸¹³ – Il peut sembler étrange d'évoquer les mécanismes d'imputation des risques dans une partie dédiée à l'étude de leur suppression. Pourtant, la règle par laquelle un risque est, en l'état de risque – c'est-à-dire au stade de la seule éventualité – autoritairement imputé à l'une ou l'autre des parties contribue, *pour l'autre partie*, qui sait dès l'origine en être libérée, à supprimer *pour elle* le risque. Ainsi en est-il de la règle *res perit domino* consacrée à l'article 1196 du Code civil (« le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose »), sauf mise en demeure de délivrer la chose adressée au vendeur qui ne l'a point encore fait⁸¹⁴.

B) L'isolement du risque

205. La protection des contractants contre la réalisation du risque – Parfois le droit n'agit pas directement sur sa source pour anéantir le risque mais, posant une norme tendant à protéger le ou les contractants de l'effet qu'aurait sur leur relation sa réalisation, il parvient à un effet identique en rendant possible une certitude. Le risque existe bien, mais il se trouve privé d'effet sur le contrat.

206. L'opposabilité du contrat aux tiers – L'isolement du risque à l'extérieur de la sphère contractuelle peut être permanent. L'exemple le plus frappant peut être trouvé dans les articles 1199 et 1200 du Code civil qui créent une frontière expresse entre les parties et les tiers au contrat⁸¹⁵, entre ceux qui ont pris part au contrat⁸¹⁶ et les autres. L'activité de ces-derniers

évidemment des dispositions de l'alinéa 2 de ce même article, il reste toujours possible à l'adversaire de rapporter la preuve contraire par un autre écrit sous-seing privé ou authentique.

⁸¹¹ V. not. les exigences de l'article 1375 du Code civil, relatives à la rédaction de l'acte en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt à l'acte.

⁸¹² Article 1371 du Code civil.

⁸¹³ Sur ce sujet, et pour d'autres ex. V. J-M MOUSSERON, préc., p. 493, n°24 et s.

⁸¹⁴ Cf. article 1344-2 du Code civil : « la mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'il n'y sont déjà ».

⁸¹⁵ Sur ces notions : V. J-M AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Montpellier, 1953 ; Ph. DELMAS-SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. HAUSER, LGDJ, 2000 ; J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992.I.3628 ; J-L AUBERT, « A propos d'une distinction

peut évidemment interférer avec la relation contractuelle, et constitue un risque difficilement prévisible du reste pour les contractants. Le principe d’opposabilité du contrat constitue de ce fait un instrument tout à fait remarquable de suppression d’une source potentielle de risque pour les contractants : l’action perturbatrice du tiers de trouve dès lors paralysée par l’existence du contrat⁸¹⁷, qui leur interdit notamment « sous peine d’engager leur responsabilité, l’établissement d’un lien de droit concurrent avec l’une des parties au contrat »⁸¹⁸. Le nouvel article 1200 du Code civil, qui dispose que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat » consacre expressément cette idée, et apparaît comme un support utile à une future régulation par la jurisprudence des interférences extérieures à une relation contractuelle⁸¹⁹.

207. La déclaration des créances à l’occasion d’une procédure collective – L’isolement du risque peut résulter d’une limite temporelle : l’action du droit est alors menée à travers l’établissement de délais venant encadrer l’action des contractants. Il en va ainsi de la formalité de la déclaration des créances⁸²⁰ au cours d’une procédure collective, prévue par l’article L. 622-24⁸²¹ du Code de commerce, qui est une illustration parmi d’autres d’une telle limitation de l’effet du risque sur le contrat. Elle est « l’acte par lequel le créancier manifeste son intention d’être payé et fait reconnaître sa créance dans la procédure collective »⁸²². Le délai pour effectuer cette formalité est en principe⁸²³ de deux mois à compter de la publication au B.O.D.A.A.C du jugement d’ouverture de la procédure pour les créances antérieures, et de la date d’exigibilité de la créance pour celles postérieures ne bénéficiant pas d’un privilège. A défaut d’agir en relevé de forclusion⁸²⁴, le créancier qui n’aurait pas déclaré sa créance dans les temps verra sa créance frappée d’inopposabilité⁸²⁵. Le même mécanisme se retrouve dans

renouvelée des parties et des tiers », *RTDCiv.*1993.265, qui critique la vision développée par M. le Professeur GHESTIN.

⁸¹⁶ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°425.

⁸¹⁷ Pour des exemples : *idem*, n°434.

⁸¹⁸ *Idem, ibid.* V. également : P. HUGUENEY, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d’une obligation contractuelle*, Dijon, 1910 ; B. STARK, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d’autrui », *JCP* 1954.I.1180.

⁸¹⁹ Sur cette question, notamment par rapport à l’éventuelle remise en cause de la jurisprudence de 2006 (Ass. plén. 6 octobre 2006, n°05-13255, Bull. Ass. plén. 2006, n° 9, p. 23) cf. *infra* n°445.

⁸²⁰ V. de façon générale : F. MACORIG-VENIER, « Entreprises en difficulté (Les créanciers – 1° Situation des créanciers) », *in. Rép. dr. com.*, Dalloz, mars 2013 (à jour : sept. 2017).

⁸²¹ Auquel renvoient les articles L. 631-14 alinéa 1^{er} en matière de procédure de redressement judiciaire et L. 641-3 en matière de liquidation.

⁸²² F. MACORIG-VENIER, *op. cit.*, n°16.

⁸²³ Pour les (nombreuses) exceptions V. F. MACORIG-VENIER, *op. cit.*, n°96 et s.

⁸²⁴ Article L. 622-26 du code de commerce.

⁸²⁵ Antérieurement à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le défaut de déclaration emportait l’extinction pure et simple de la créance. Désormais l’article L. 622-26 alinéa 2 dispose que « les créances non

les procédures de rétablissement personnel à l’occasion d’un surendettement : les créanciers doivent en effet déclarer leurs créances soit au mandataire désigné, soit auprès du greffe, dans les deux mois à compter du jugement d’ouverture de la procédure. A défaut de déclaration, le risque est là encore écarté par extinction pure et simple de la créance⁸²⁶.

208. Le risque de changement de contractant⁸²⁷ – Le contrat naît d’un accord de volontés entre plusieurs personnes qui entendent se lier par un lien d’obligation. L’hypothèse d’un changement de contractant, outre qu’elle ouvre à d’importants questionnements théoriques⁸²⁸, représente en outre un risque pour le contractant stable, qui se trouve désormais engagé avec un autre que le cocontractant initial. On peut définir la cession de contrat comme la « convention par laquelle on transfère d’un contractant à un tiers l’ensemble des rapports juridiques issus d’un contrat »⁸²⁹. La conséquence d’un tel mécanisme est que le cédé, contractant originaire, se trouve désormais pris dans un lien d’obligation inchangé⁸³⁰, mais au profit d’un nouveau cocontractant, qui dispose désormais, en vertu du principe de la translativité⁸³¹, de tous les droits et obligations du cédant, dont il devient l’ayant-cause à titre particulier. Il y a là un « mécanisme de transmission qui opère, médiatement, un déplacement de l’effet obligatoire du contrat et permet à un tiers d’occuper, pour le tout ou partiellement selon les cas, la position d’une *partie* au contrat⁸³². Le risque pour le cédé est évident, notamment en matière de *cession de dette*, dans le cas où le débiteur substitué serait insolvable⁸³³. Le droit s’est donc attaché à réglementer cette possibilité. Alors que la

déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l’exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l’exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

⁸²⁶ V. not. J. JULIEN, *op. cit.*, n°414, p. 542.

⁸²⁷ V. l’analyse de M. le professeur MARTIN (« Du changement de contractant », *D.2001.3144*), qui préfère l’emploi de ce terme plutôt que ceux, moins rigoureux selon lui de « substitution de personne » ou de « cession de contrat ».

⁸²⁸ E. JEULAND, « Cession de contrat », *in. Rép. dr. civ.*, 2010 (à jour : avril 2017), n°17.

⁸²⁹ C. LAPP, *Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier*, préf. J. RADOUANT, Strasbourg, 1950, p. 9, n°1.

⁸³⁰ M. le professeur MARTIN souligne ainsi que « l’hypothèse de raisonnement n’est pas celle d’une quelconque modification matérielle du contrat, mais celle du remplacement de l’une des parties. [...] la nouveauté obtenue n’est ni dans la substance conventionnelle ni dans le cours de l’acte, mais dans la personne juridique d’un contractant. Bref, [...] l’opération a pour objet un changement de partenaire et non une mutation contractuelle » (préc., p. 3144).

⁸³¹ E. JEULAND, préc., n°55 et s.

⁸³² J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 457. Souligné par l’auteur.

⁸³³ F. ROUVIERE, « Cession de dette », *in. Rép. dr. civ.*, 2015 (à jour : avril 2016), n°3: « on mesure immédiatement le danger inhérent à la reconnaissance généralisée d’une telle possibilité. En effet, si le nouveau débiteur est insolvable, le créancier risque fort de voir la perspective de son paiement s’évanouir. De la même façon, admettre une telle opération permettrait à n’importe quel débiteur d’éteindre par sa propre volonté

jurisprudence admettait antérieurement la possibilité d'une cession conventionnelle sans l'accord du cédé⁸³⁴, sauf évidemment pour les contrats conclus *intuitu personae*⁸³⁵, la chambre commerciale est venue consacrer par deux arrêts du 6 mai 1997 l'exigence d'un consentement du cédé quel que soit le contrat⁸³⁶. Désormais, la cession ne peut avoir d'effet à l'égard du créancier qui n'y a pas consenti⁸³⁷. La réforme du droit des contrats a intégré ces solutions dans le Code civil, et l'on peut voir dans le système mis en place la volonté du législateur de protéger le contractant pour qui le changement représente une menace. L'exigence du consentement du cédé dans la cession de contrat est ainsi consacrée⁸³⁸, ainsi que l'accord du créancier dans la cession de dette (dans la mesure où l'éventuelle insolvabilité du nouveau débiteur représente un risque pour le créancier), et du débiteur dans la novation par changement de créancier. Dans ce dernier cas en effet, la novation créant un rapport juridique nouveau⁸³⁹, elle entraîne, en vertu de son effet extinctif⁸⁴⁰ la purge des exceptions, des moyens de défense, des caractères et accessoires attachés à l'ancienne obligation⁸⁴¹ : « l'obligation nouvelle pourra, en particulier, relever d'une loi différente, être soumise à une juridiction distincte ou à un délai de prescription différent de celui attaché à l'obligation ancienne. Pour ce qui concerne les accessoires, le nouvel article 1334 du code civil dispose désormais expressément : « l'extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires »⁸⁴². A l'inverse, la cession de créance laissant perdurer le rapport juridique initial⁸⁴³ elle ne requiert pas le consentement du débiteur, qui conserve contre le nouveau créancier l'ensemble des moyens de droit qui y étaient attachés.

l'obligation par laquelle il est lié du moment qu'un tiers accepte d'en assumer la charge (y compris une société créée pour les besoins de la cause) ».

⁸³⁴ Cass. civ. 7 janv. 1947 : *RTDCiv.*1947.201, obs. J. CARBONNIER ; *JCP* 1947. II. 3510, note J. BECQUE ; Soc. 9 nov. 1956 : *Gaz. Pal.* 1957.1.120 ; Civ. 1, 14 déc. 1982, Bull. civ. I, n° 360 : *D.*1983.416, note L. AYNES.

⁸³⁵ Com. 7 janvier 1992, n°90-14831 : *D.*1992.278, note L. AYNES ; *RTDCiv.* 1992.762, obs. J. MESTRE ; *JCP G* 1992.I.3591, note C. JAMIN ; Civ.1, 6 juin 2000, n°97-19347 : *RTDCiv.*2000.571, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Com. 13 décembre 2005, n°03-16878 : *RTDCiv.*2006.310, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 2006.II.10103, obs. H. HOVASSE.

⁸³⁶ Com. 6 mai 1997, n° 95-10.252 et 94-16.335 : *RTDCiv.*1997.936, obs. J. MESTRE ; *D.*1997.588, note M. BILLIAU et C. JAMIN ; *D.*1998.136, obs. H. LE NABASQUE ; *Deffrénois* 1997.36663, n°976, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1997, n°146, obs. L. LEVENEUR. Sur cette évolution de la jurisprudence V. E. JEULAND, préc., n°15.

⁸³⁷ Civ. 1, 30 avril 2009, n°08-11.093, Bull. civ. I, n° 82 : *D.*2009.2400, note L. ANDREU ; *Deffrénois* 2009.1289, obs. R. LIBCHABER.

⁸³⁸ Article 1216 du Code civil.

⁸³⁹ C. OPHELE, « Cession de créance », *in. Rép. dr. civ.*, 2008 (à jour : avril 2016), n°4.

⁸⁴⁰ J-L AUBERT (actualisation par C. GOLDIE-GENICON), « Novation », *in. Rép. dr. civ.*, juin 2017, n°67 et s.

⁸⁴¹ *Idem*, n°71. Cela peut aussi s'avérer bénéfique pour le débiteur, dans la mesure où l'effet extinctif concerne également, sauf exception, les sûretés tant réelles que personnelles attachées à l'ancienne obligation (article 1334 et s. du Code civil).

⁸⁴² *Idem*, n°72.

⁸⁴³ C. OPHELE, préc., n°2.

§2 : Le risque intégré

209. Le caractère irréductible de certains risques – A côté des hypothèses dans lesquelles le droit va anéantir le risque en posant une norme destinée à contraindre la source d'où procède l'aléa qui pèse sur le contrat, il est certaines situations où il n'apparaît pas possible ou souhaitable d'imposer une telle détermination actuelle de l'avenir.

210. La persistance inévitable d'un risque législatif – Cela ne sera pas souhaitable en opportunité lorsque la trop grande attention portée à la protection des situations individuelles conduirait par exemple à paralyser l'action légitime des pouvoirs publics. Cette critique est souvent faite à l'encontre du principe de sécurité juridique. Dans son *Rapport* de 2006 qui lui était consacré, le Conseil d'Etat affirmait ainsi la nécessité de concilier le respect des situations juridiques avec les évolutions normales du droit, de sorte qu'il ne saurait être question de figer l'action du législateur – voire du juge – sur la seule considération des situations acquises. Le principe de sécurité juridique ne ferait pas ainsi obstacle à la possibilité de conserver des « marges de manœuvres », et il « ne saurait [...] constituer, comme certains le redoutent, "un habillage moderne du conservatisme juridique, un mécanisme institutionnalisé de protection des situations acquises, mêmes injustes, au nom de la stabilité de la règle de droit", ce pour quoi il existe selon lui « un principe d'adaptation ou de mutabilité » qui n'est pas incompatible avec l'exigence de sécurité juridique⁸⁴⁴. L'*Avant-propos* de l'*Index de la sécurité juridique 2016* relève pour sa part qu'« une sécurité juridique raisonnée n'est ni synonyme d'immobilisme, ni équivalente à l'absence de toute contrainte législative ou réglementaire, voire d'une contrainte minimale ».

211. La préservation de certaines libertés – Cela ne sera pas possible cette fois sur un plan logique lorsque la régulation ne pourrait passer que par une atteinte portée à l'exercice d'une légitime liberté. Ainsi en est-il de la liberté contractuelle qui prévaut au cours de la phase préalable à la conclusion du contrat, et avec laquelle doit nécessairement composer l'attention portée à la protection des espérances par ailleurs souvent légitimes⁸⁴⁵ de chacun. La recherche ici d'une certitude conduirait inmanquablement à priver les parties de l'exercice de cette liberté alors même que les pourparlers sont « une période exploratoire [...] durant laquelle les futurs contractants échangent leurs points de vue, formulent et discutent les propositions

⁸⁴⁴ *Rapport du Conseil d'Etat de 2006*, préc., p. 282.

⁸⁴⁵ Cf. *supra* n°83 et s.

qu'ils se font mutuellement afin de déterminer le contenu du contrat, sans être pour autant assurés de le conclure »⁸⁴⁶, donc par nature marquée par une incertitude irréductible quant à la conclusion future du contrat. De la même façon que la faculté ouverte à l'un des contractants de mettre fin unilatéralement au contrat conclu pour une durée indéterminée constitue évidemment un risque pesant sur la situation de l'autre partie qui ne maîtrise pas de ce fait l'événement qui mettra fin au contrat, mais sans que ce risque puisse pour autant être éliminé en raison là encore du principe de liberté contractuelle qui s'oppose à ce qu'on puisse être indéfiniment lié par un contrat⁸⁴⁷.

212. La régulation du risque par la mise en œuvre de standards juridiques – Pour permettre l'intégration de tels risques dans les prévisions contractuelles, le droit aura fréquemment recours à des normes « souples » qui, au lieu d'éliminer le risque vont au contraire permettre son anticipation tout en encadrant l'indétermination qu'il porte.

Un exemple d'un tel mécanisme peut être trouvé dans le principe de sécurité juridique. La notion de sécurité juridique, quoi qu'étant une notion ancienne⁸⁴⁸ et consubstantielle au Droit⁸⁴⁹, est ainsi souvent qualifiée d'insaisissable⁸⁵⁰ : on a parlé d'expression « fuyante »⁸⁵¹, « polymorphe »⁸⁵² ou encore de « concept à géométrie variable »⁸⁵³. Non seulement elle ne trouve pas, en droit privé du moins, de consécration textuelle, mais la définition qui en a été

⁸⁴⁶ F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, préc., n°184.

⁸⁴⁷ Sur ce point : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°292. La réforme du droit des contrats est venue consacrer le principe de prohibition des engagements perpétuels à l'article 1210.

⁸⁴⁸ M. le professeur POLLAUD-DULIAN note ainsi que « la sécurité juridique, certes à la mode, n'est pas une idée neuve » (*in.* « A propos de la sécurité juridique », *RTDCiv.*2001.503). On peut trouver son origine, dans le droit récent, à l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'Homme* de 1789 qui consacre la *sûreté* comme « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » (cf. F. LUCHAIRE, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Cons. Constit.*, n°11, p. 67). *Contra* : T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, *Defrénois*, Lextenso éditions, 2009, n°2, qui voit dans cet article une seule référence à l'intégrité physique des individus et des biens que doit garantir l'Etat). Pour un aperçu historique des origines de la sécurité juridique V. *idem*, n°70 et s.

⁸⁴⁹ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration », *in.* *Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Nomos Verlag, 1987, p. 53 ; J-L BERGEL, *op. cit.*, n°29-1 ; J. CHEVALLIER, « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », *in.* *Sécurité juridique et droit économique*, s. la dir. de L. BOY, J-B RACINE, F. SIIRAINEN, Larcier, 2008, p. 559 ; V. aussi les Actes du Xe congrès de l'AJMJ (Sherbrooke, 2007), « La sécurité juridique », *in.* *Revue du Notariat*, vol. 110, sept. 2008, p. 275.

⁸⁵⁰ Un auteur a pu évoquer « la diversité de la notion de sécurité juridique, non seulement dans ses éléments constitutifs, mais encore dans sa substance même » (T. PIAZZON, *op. cit.*, n°10), dont les exigences d'accessibilité, de stabilité et de prévisibilité constitueraient selon lui des facettes qui, sans épuiser la notion⁸⁵⁰ permettrait d'en préciser le contenu.

⁸⁵¹ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, préf. D. TRUCHET, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. I, 2001, n°41, p. 411.

⁸⁵² A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.*2002.2814, n°7.

⁸⁵³ *Idem*, n°10.

donnée par le Conseil d'Etat à la suite de sa décision du 24 mars 2006⁸⁵⁴ ne donne finalement que des indications très générales relatives à la mise en œuvre de l'exigence sans fixer à l'avance de manière univoque les éléments propres à déterminer ce que serait *en soi*, de manière déliée du contexte, une situation conforme à la sécurité juridique. Enonçant que « les normes édictées doivent être *claires et intelligibles*, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop *fréquentes*, ni surtout *imprévisibles* »⁸⁵⁵, la définition se contente finalement de viser des caractéristiques théoriques et sans contenu normatif propre, qu'il conviendra de remplir par la suite en tenant compte des situations particulières dans lesquelles le principe sera appelé à s'appliquer.

213. Le standard juridique de prévisibilité des variations de la norme – Cela est évident pour la condition de *prévisibilité* des variations normatives : l'objectif poursuivi est d'assurer aux justiciables la possibilité d'anticiper les changements, et de se mouvoir dans un environnement juridique marqué par un état du droit relativement stable dans la durée⁸⁵⁶. Cela implique que les changements dans l'état du droit interviennent avec une certaine cohérence et en ménageant des périodes transitoires pendant lesquelles il est possible d'anticiper les conséquences qu'aura la modification annoncée de l'état du droit⁸⁵⁷, ce qui ne peut s'apprécier qu'avec une certaine souplesse : la Cour européenne des droits de l'Homme apprécie ainsi la prévisibilité exigée par le principe de sécurité juridique comme la possibilité de prévoir « à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁸⁵⁸. Un auteur soulignait ainsi que la sécurité juridique doit permettre « aux sujets de droit de prévoir *raisonnablement* les conséquences juridiques

⁸⁵⁴ CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n°288460 : *G.A.J.A.*, n°106 ; *RFDA* 2006.463, concl. Y. AGUILA, note F. MODERNE ; *AJ* 2006.841, trib. B. MATHIEU ; *idem*, p.1028, chron. LANDAIS et LENICA ; *Bull. Joly Soc.*, p. 711, note J-J BARBIERI ; *idem*, p. 723, obs. Y. AGUILA ; *D.2006.1191*, note P. CASSIA ; *JCP G* 2006.1229, obs. PLESSIX ; *idem*, p. 1343, note J-M BELORGEY ; *Rev. proc.*, mai 2006, p. 4, note TRAVIER ; *RDC* 2006.856, note BRUNET ; *RTDCiv.2006.527*, obs. R. ENCINAS DE MUNAGORRI.

⁸⁵⁵ *Rapport public du Conseil d'Etat*, « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, p. 281.

⁸⁵⁶ Dans une décision du 13 juillet 2016, le Conseil d'Etat affirme ainsi que « le principe de sécurité juridique, [...] implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps [...]. La règle énoncée ci-dessus, qui a pour seul objet de borner dans le temps les conséquences de la sanction attachée au défaut de mention des voies et délais de recours, ne porte pas atteinte à la substance du droit de recours, mais tend seulement à éviter que son exercice, au-delà d'un délai raisonnable, ne mette en péril la stabilité des situation juridiques et la bonne administration de la justice... » : CE, 13 juillet 2016, n°387763, *M. Czabaj* (Lebon) : *AJ coll. terr.* 2016.572, note M-C ROUAULT ; *AJDA* 2016.1629, chron. L. DUTHEILLET DE LAMOTHE et G. ONDINET ; *RTDCom.2016.715*, note F. LOMBARD ; *RFDA* 2016.927, concl. O. HENRARD.

⁸⁵⁷ C.J.C.E, 9 juillet 1981, *Gondrand*, aff. 169/80, Rec. 1981, p.1931, spéc. p. 1942, n°17 : « le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations et prendre ses dispositions en conséquence ». Nous soulignons.

⁸⁵⁸ C.E.D.H, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n° 6538/74, § 49. Nous soulignons.

de leurs actes ou comportements [...] »⁸⁵⁹, ce qui appelle donc une appréciation moyenne nécessairement liée au contexte particulier dans lequel est intervenue la norme.

214. Les standards juridiques d'accessibilité et d'intelligibilité de la norme – De la même manière, il est possible de considérer que l'accessibilité autant que l'intelligibilité de la norme ne s'entendent *que par rapport aux caractéristiques de son récepteur et non par référence à celles accompagnant sa production par telle ou telle source*. Dans sa fameuse décision *Sunday Times c/ Royaume-Unis* de 1979, la C.E.D.H décidait en effet: « il faut d'abord que la "loi" soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, *dans les circonstances de la cause*, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, *à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause*, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé »⁸⁶⁰. Il en ressort que pour la jurisprudence européenne, l'appréciation de la clarté et de l'accessibilité de la norme est étroitement liée à des considérations circonstanciées que constitue *la mesure d'une moyenne*.

Tout le débat contemporain autour de la simplification du droit⁸⁶¹ révèle d'ailleurs qu'il n'y a pas de loi accessible et intelligible *en soi* mais bien *par rapport à tel ou tel auditoire*. L'élaboration de la loi de simplification de 2009 avait ainsi vu la mise en place préalable, par l'Assemblée nationale, d'un site internet destiné à recueillir les réflexions et propositions *des citoyens* sur l'entreprise de simplification. Le député BLANC, rapporteur du texte, relevait en outre au cours de la discussion devant la Commission des lois de l'Assemblée nationale que « l'amélioration de la clarté du langage est l'objectif poursuivi par l'article 6, qui modernise le langage utilisé par le code civil. Ainsi, par exemple, le terme "antichrèse", devenu incompréhensible *pour le citoyen*, est remplacé par les termes "gage immobilier". Cette

⁸⁵⁹ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°48. La Cour européenne ne dit pas autre chose lorsqu'elle affirmait que les conséquences dérivant d'un acte déterminé « n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Aussi beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique » (C.E.D.H, 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49. Nous soulignons).

⁸⁶⁰ C.E.D.H, 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49. Nous soulignons.

⁸⁶¹ V. not. la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures. Sur l'ordonnance du 10 février 2016 V. not. : T. GENICON, « La grammaire dans la réforme du droit des contrat », RDC 2016.751 ; du même auteur : « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », RDC 2015.625.

modification suscitera peut-être quelques regrets *parmi les juristes qui avaient acquis la connaissance de ce langage* quelque peu désuet, mais facilitera la lecture des dispositions du code civil »⁸⁶². Les modifications terminologiques apportées au Code civil par l'article 10 de la loi visent ainsi à débarrasser le texte de termes jugés désuets et pouvant constituer un obstacle à la compréhension du droit par nos contemporains⁸⁶³. A propos de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit un auteur disait ainsi qu'« à s'en tenir à sa finalité, on verra dans le texte une nouvelle manifestation du mouvement d'ampleur par lequel on promet le rapprochement du droit et du citoyen, sous des appellations diverses : accès au droit, intelligibilité du droit, clarté de la loi, proximité de la justice... bref toutes perspectives qui entendent concourir à la réduction d'un écart tenu pour insupportable *entre le droit et ses destinataires* »⁸⁶⁴.

Dès lors, la mesure de la clarté et de l'accessibilité de la loi apparaît bien comme un standard juridique puisqu'elle dépendra étroitement du récepteur de la norme et diffèrera sensiblement selon qu'il s'agit de simples particuliers, de professionnels, de commerçants, de juristes, etc.

215. Régulation des comportements par référence au contractant raisonnable – Que ce soit au cours de la formation, ou de l'exécution du contrat, le *devoir de loyauté* auquel les contractants se trouvent soumis constitue lui aussi un standard juridique qui va permettre au juge de se prononcer par comparaison à un modèle, sur le caractère admissible ou non d'un

⁸⁶² Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, *Compte rendu n°3*, séance du 7 octobre 2008.

⁸⁶³ V. à ce sujet les échanges très primesautiers auxquels a donné lieu la discussion de cet article devant l'Assemblée nationale, le député SUEUR défendant certaines formulations anciennes menacées de disparition, au nom de la rigueur conceptuelle...et d'une certaine poésie du droit ! (Séance du 24 mars 2009, *in. Compte rendu intégral des débats*). Quel juriste pourtant ne savait pas ce qu'était une « antichrèse », la « tradition » de la chose, le « réméré », ou un « commodat » ? Or ne sont-ce pas les juristes avant tout qui sont par leur activité appelés à manier ces notions ? V. S. AKHOUD-BARRIGA : « Réflexions sur le langage juridique et ses petits exercices d'application au droit de l'arbitrage », *RTDCiv.2015.785* ; D. GUTMAN, « L'objectif de simplification du langage législatif », *in. Les mots de la loi*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 73 et s. Un auteur dénonçait ainsi le mirage d'un droit accessible ou intelligible par tous : « en réalité, peut-on accéder aux règles de droit sans formation juridique et, par suite, si l'on est profane, en ne s'en remettant pas à un juriste ? L'accès aux soins n'a pas encore conduit à recommander l'auto-médication ; peut-il en être autrement dans le domaine du droit ? La matière juridique marque ici sa spécificité : censée être offerte à l'entendement de tous – nul n'est censé ignorer la loi – elle est l'objet d'un savoir qui se spécialise chaque jour davantage. Derrière cette idée noble de rendre le droit plus simple, de faciliter l'accès aux règles et de généraliser l'information juridique des citoyens, se manifeste le fantasme de règles accessibles à tout citoyen, dans la perspective d'un droit offert en service public. Dans cette approche, le droit devrait cesser d'être un savoir spécialisé, autrement dit une science. Mais « déjuridiciser » le droit est évidemment une mission impossible » (N. MOLFESSIS, « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTDCiv.2000.665*). Au contraire : « de même qu'il faut d'abord apprendre sa langue pour connaître un peuple étranger, pour comprendre ses mœurs et pénétrer son génie, de même la langue juridique est la première enveloppe du droit, qu'il faut nécessairement traverser pour aborder l'étude de son contenu » (H. CAPITANT [s. la dir.], *Vocabulaire juridique*, PUF, 1930, p. 7).

⁸⁶⁴ N. MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDCiv.2004.156*.

comportement⁸⁶⁵. Il est un standard juridique qui fixe une ligne de conduite générale⁸⁶⁶ : celle du partenaire agissant conformément à ce qu'exige la nature même de la relation dans laquelle il s'est engagé. Lorsqu'il déborde de ce cadre, son comportement devient fautif, et il sera alors possible d'engager sa responsabilité. Cette appréciation sera menée par rapport à la considération d'une moyenne : il faut démontrer que le contractant « a adopté une attitude objectivement critiquable, contraire à celle que l'on est en droit d'attendre de tout bon contractant »⁸⁶⁷. Si le terme « bon » évoque évidemment feu le « bon père de famille », c'est, depuis sa disparition, le modèle du contractant raisonnable qui est ici convoqué, lequel s'accommode fort bien d'une malléabilité en fonction de la nature du contrat, de la qualité des parties, des circonstances, etc...

On retrouve cette idée du « raisonnable » en matière d'offre dans l'article 1116 du Code civil, qui présente l'intérêt de procéder tout à la fois par voie d'élimination de la cause du risque (ici les aléas de la volonté encore mouvante du pollicitant dans la mesure où elle n'est pas encore enfermée dans les liens contractuels), et d'intégration à travers la référence à un délai *raisonnable* d'acceptation devant être laissé au destinataire de l'offre pour qu'il l'accepte en l'absence de délai fixé par l'auteur de celle-ci. L'article 1211 déjà évoqué comporte la même dualité : à défaut de préavis contractuellement prévu, la partie qui met fin au contrat doit respecter un délai raisonnable.

216. Intégration du risque d'interprétation du contrat – Un dernier exemple, mais ils sont innombrables, peut être tiré de l'article 1188 du Code civil, qui rappelle en son premier alinéa les dispositions classiques de l'ancien article 1156 selon lequel le contrat doit s'interpréter d'après la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter à la lettre des stipulations. L'alinéa 2 en revanche introduit dans le code une technique subsidiaire d'interprétation : à défaut de pouvoir déceler cette intention, il conviendra de rechercher « le sens que lui donnerait une *personne raisonnable* placée dans la même situation »⁸⁶⁸. Il y a bien là une régulation souple du risque : celui-ci existe (n'importe quel contrat est, un jour ou l'autre, susceptible de devoir être interprété), *mais la règle fixée en amont permet aux parties de*

⁸⁶⁵ B. JALUZOT, *op. cit.*, n°242.

⁸⁶⁶ *Idem*, n°250 et s.

⁸⁶⁷ B. FAGES, « La rupture des négociations », in. B. FAGES, P. FLEURY (s. la dir.), *Lamy Droit du contrat*, juill. 2017, n°178.

⁸⁶⁸ Nous soulignons. V. dans le même sens : Article 4.1 UNIDROIT et Article 5:101 (3) : « faute de pouvoir déceler l'intention [...] on donne au contrat le sens que des personnes raisonnables de même qualité que les parties lui donneraient dans les mêmes circonstances ».

savoir dès à présent comment procédera le juge qui serait éventuellement appelé à se prononcer sur le sens de stipulations litigieuses.

217. Le contenu du standard – L'ensemble de ces exemples laisse apparaître une certaine constance : dans le cadre d'une régulation souple du risque, *celui-ci n'est pas éliminé mais simplement rendu prévisible pour les contractants*. Ceux-ci n'ont alors certes pas une connaissance certaine de leur avenir, du moins savent-ils que pèse sur lui une indétermination, ce qui suffit à écarter l'effet néfaste qui résulterait de la réalisation d'un risque qui n'avait pas pu être intégré dans l'acte de volonté. Le recours à des standards juridiques dont le contenu normatif est la référence au « raisonnable » permet alors de mesurer la prévisibilité du risque par rapport à une moyenne conjuguant la considération de l'événement indéterminé lui-même (qui doit offrir suffisamment d'éléments d'anticipation en amont de sa réalisation), et des aptitudes psychologiques d'un contractant moyen placé dans des circonstances similaires.

218. Conclusion de la sous-section 2 relative à une unité conceptuelle de la régulation – Les techniques de régulation du risque contractuel apparaissent au premier abord comme très différentes en fonction de leurs sources respectives et de leur effet sur le contrat ou les contractants. Pourtant, le recours à la notion de prévisibilité contractuelle permet de proposer une approche unitaire sur le plan théorique, susceptible de transcender la diversité technique de ces mécanismes. Tous se trouvent en effet justifiés par l'idée d'instaurer un environnement contractuel prévisible et seules des considérations d'opportunité vont commander le type de régulation adéquat. Nous pensons ainsi qu'une typologie peut être retenue pour expliquer ces mécanismes, qu'il conviendra de suivre ultérieurement au stade des propositions⁸⁶⁹ *de lege feranda* : il s'agira en effet soit d'éliminer le risque, soit de permettre son anticipation en intégrant l'indétermination qu'il représente dans les prévisions initiales des contractants.

219. Conclusion de la section 1 relative à un facteur d'homogénéité théorique – La permanence de l'idée de prévisibilité contractuelle comme élément structurant des mécanismes juridiques de régulation du risque, que ce soit à travers la recherche d'une certitude ou de la simple prévisibilité du risque, amène le constat de son caractère transversal : quoi que dissimulée, elle semble bien constituer un soubassement théorique homogène pour nombre de mécanismes de régulation du risque contractuel, pour certains à valeur de principe.

⁸⁶⁹ Cf. seconde partie.

Mais cette transcendance théorique remarquable de la notion de prévisibilité est encore plus perceptible sur le plan technique, où elle semble constituer un facteur d'harmonisation de mécanismes très divers.

Section 2 : Un facteur d'harmonisation technique

220. Introduction – La diversité des mécanismes de régulation du risque est remarquable : certains sont consacrés en tant que tels (principe de sécurité juridique, de confiance légitime, de loyauté), d'autres ne sont que des manifestations éparses qui ne trouvent pas à s'intégrer dans une théorie générale. Tous pourtant concourent à la même œuvre, par des voies différentes certes, mais toujours avec la même préoccupation qui est d'assurer aux parties un environnement contractuel prévisible. Tous portent à cette fin une régulation du risque : soit pour supprimer l'indétermination dont il procède, soit encore en permettant aux parties de l'intégrer dans leurs prévisions. La notion de prévisibilité apparaît donc comme un élément d'homogénéité théorique de ces mécanismes, et il conviendra de s'attacher à montrer qu'elle en constitue l'essence, la raison d'être, et que ceux-ci n'en sont finalement, sur le plan technique, que des déclinaisons sectorisées en fonction de la source du risque, quoi que celui-ci offre toujours le même visage.

221. Annonce du plan – La *summa divisio* entre les risques exogènes et ceux qui trouvent leur source au sein même de la relation contractuelle (risques endogènes)⁸⁷⁰ permet d'identifier un certain nombre de mécanismes dont la fonction est d'assurer la prévisibilité de l'avenir contractuel. Le principe de sécurité juridique prétend ainsi assurer une prévisibilité de l'environnement normatif dans lequel sont appelées à se déployer les prévisions contractuelles (**sous-section 1**), tandis que divers mécanismes joueront, souvent de manière juxtaposée ou concomitante, un rôle de régulation des comportements des contractants leur donnant ainsi une certaine maîtrise du risque – interne celui-ci – que fait peser sur le contrat, même une fois formé, l'irréductible liberté humaine (**sous-section 2**).

⁸⁷⁰ Cf. *supra* n°174 et s.

Sous-section 1 : La prévisibilité du risque exogène

222. Introduction – Le principe de sécurité juridique peut être défini de façon très générale comme un « idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »⁸⁷¹. Ses applications contemporaines sont multiples⁸⁷² et touchent à des aspects très divers *quoi que toujours centrés autour d'une régulation de la confrontation des droits subjectifs des justiciables avec les mutations du droit objectif dont ils procèdent*⁸⁷³. L'analyse traditionnelle varie en outre selon qu'est pris en considération son effet sur le droit objectif ou sur les droits subjectifs dont il tend à assurer la protection face au risque que ferait peser sur eux l'éventualité d'une modification ultérieure de l'environnement juridique. Dans ce cadre, l'exigence de prévisibilité apparaît de prime abord singulièrement cantonnée à la seule régulation temporelle de la production normative dont il sera attendu qu'elle s'insère harmonieusement dans l'ordre juridique, sans rupture avec l'état antérieur du droit qui avait été pris en compte par les justiciables (§1). Il semble pourtant contestable qu'une telle vision ait une réelle valeur explicative. En tout cas, elle paraît être un facteur non négligeable de déformation du contenu réel du principe : l'idée de prévisibilité contractuelle est en réalité centrale et apparaît devoir prendre une place éminente car elle est *in fine* l'essence même du principe (§2).

⁸⁷¹ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°48. V. entre autres : N-J MAZEN, *L'insécurité inhérente au système juridique*, Dijon, 1979 ; F. TOUBOUL, *Le principe de sécurité juridique, Essai de législation*, Paris XI, 1996 ; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, Paris II, 2003 ; A-L VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005 ; G. DUFOUR, *Sécurité juridique et règles de droit. Illustrations en droit des contrats*, Lille II, 2005.

⁸⁷² Elle est par exemple citée comme l'un des objectifs de l'O.H.A.D.A : « Réaffirmant leur détermination à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et leur volonté de renforcer la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (O.H.A.D.A), de nature à garantir un climat de confiance concourant à faire de l'Afrique un pôle de développement » (*Préambule du Traité portant révision du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, 2008).

⁸⁷³ M. PIAZZON rappelle ainsi que « la sécurité juridique est celle qui intéresse le droit lui-même : c'est la sécurité du droit, de ses modes d'expression et de réalisation, ainsi que la sécurité des droits subjectifs des individus » (*op. cit.*, n°2 et 3).

§1 : Une composante du principe de sécurité juridique

223. Analyse classique du principe de sécurité juridique – Le principe de sécurité juridique est souvent présenté à travers l’opposition entre le droit objectif et les droits subjectifs⁸⁷⁴, comme un instrument de régulation de l’insertion d’une norme quelconque dans l’ordre juridique. Le droit de l’Union européenne, dont il constitue un principe⁸⁷⁵, en a défini les principales composantes. Dans une décision du 17 juillet 2008, la Cour de Luxembourg énonçait ainsi que « le principe de sécurité juridique exige, notamment, que les règles de droit soient *claires, précises et prévisibles* dans leurs effets, en particulier lorsqu’elles peuvent avoir sur les individus et les entreprises des conséquences défavorables »⁸⁷⁶. La sécurité juridique consisterait donc en une exigence portant sur la norme elle-même, dont il sera classiquement exigé une *accessibilité*⁸⁷⁷, une *intelligibilité*⁸⁷⁸, ainsi qu’une *stabilité* et une *prévisibilité* indispensables à sa juste appréhension par les justiciables⁸⁷⁹. En se plaçant toujours du point de vue de la norme juridique, et par voie de conséquence, la sécurité juridique comporterait également un volet subjectif. On oppose alors « la sécurité des sources du droit, autrement dit celle du droit objectif, et *celle de la vie juridique des droits et des situations individuelles*, c’est-à-dire la sécurité juridique subjective »⁸⁸⁰. Le principe de sécurité juridique comporte donc, du point de vue du droit de l’Union, un « corollaire »⁸⁸¹ qui est le *principe de confiance légitime*. Dans les deux cas la prévisibilité apparaît avoir un rôle à jouer...

⁸⁷⁴ V. not. *idem*, n°31 ; J-L BERGEL, « La sécurité juridique » (Actes du Xe congrès de l’A.J.M.J), Sherbrooke, 2007, in. *Revue du Notariat*, vol.110, sept. 2008, p. 275 ; du même auteur : *Théorie générale du droit*, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 43.

⁸⁷⁵ V. not. : C.J.C.E, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor e.a.*, 205/82 à 215/82, Rec. p. 2633, point 30.

⁸⁷⁶ C.J.C.E, 17 juillet 2008, *ASM Brescia SpA*, aff. C-347/06.

⁸⁷⁷ V. not. C.E.D.H, 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49.

⁸⁷⁸ V. entre autres : C.J.C.E, 26 mai 1982, *Allemagne c/ Commission*, aff. 44/81, Rec. p. 1855 : « le principe de sécurité juridique exige qu’une disposition fixant un délai de forclusion [...] soit [...] claire et précise » ; C.J.C.E, 21 juin 1988, *Commission c/ Italie*, aff. 257/86, Rec. p. 3249 : « les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles du droit des États membres soient formulées de manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d’une manière claire et précise et aux juridictions nationales d’en assurer le respect ».

⁸⁷⁹ V. la définition donnée par le Conseil d’Etat dans son *Rapport* de 2006 (préc., p. 282) : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ».

⁸⁸⁰ J-L BERGEL, préc., p. 275.

⁸⁸¹ V. par ex. : C.J.C.E, 15 février 1996, *Duff e.a.*, aff. C-63/93, Rec. p. I-569, point 20 ; C.J.C.E, 10 septembre 2009, *Plantanol GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Darmstadt*, aff. C-201/08 ; CJUE, 21 juin 2017, *N. W. e. a.*, aff. C-621/15, point 50.

224. La prévisibilité dans la sécurité juridique objective – La sécurité juridique objective vise le droit objectif dont elle tend à poser un modèle standard qualitatif. Elle est « l'exigence d'un développement continu et maîtrisé des normes juridiques, conciliant leur nécessaire mutabilité avec un impératif de stabilité »⁸⁸². En ce sens, elle est un modèle normatif à destination des producteurs de normes juridiques : le législateur, l'autorité réglementaire ou encore le juge, devant veiller à la qualité de leur production normative⁸⁸³.

Ce premier sens est sans doute celui qui semble le plus évident, celui en tout cas qui s'infère le plus naturellement des diverses manifestations jurisprudentielles du principe, tout comme des discours qui y sont consacrés⁸⁸⁴. Il apparaît alors que la prévisibilité est intégrée comme un élément *parmi d'autres* (ce que laisse percevoir l'utilisation de l'adverbe « *notamment* ») devant concourir à cette qualité de la norme : ainsi d'une décision du 21 juin 2017⁸⁸⁵ dans laquelle « le principe de sécurité juridique, qui a pour corollaire le principe de protection de la confiance légitime, [...] exige *notamment* que l'application des règles de droit soit prévisible pour les justiciables ». En effet précisait la Cour dans une décision antérieure, « cet impératif revêt [...] une importance particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de

⁸⁸² J-M SAUVE, « L'entreprise et la sécurité juridique », intervention lors du Colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État, 21 novembre 2014 (www.conseil-etat.fr).

⁸⁸³ M. le professeur TEYSSIE affirme ainsi que « la proclamation de l'impératif de sécurité juridique au rang de principe ne suffit pas : l'anéantissement de la norme qui le méconnaît n'est pas en soi. Il faut franchir une étape supplémentaire, donc s'attacher à façonner d'emblée une norme qui réponde à l'impératif affirmé... Le propos s'adresse à tous ceux qui, à des degrés divers, sont producteurs de normes [...] » (B. TEYSSIE, « L'impératif de sécurité juridique », in. *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica 2007, p. 8).

⁸⁸⁴ Les exemples sont nombreux : ainsi du rapport *Sécurité juridique et initiative économique* publié au mois de mai 2015, qui relève que « toutes les sources du droit sont concernées par ces maux qui semblent caractériser notre droit contemporain : inintelligibilité, frénésie normative, instabilité et imprévisibilité des solutions. Le diagnostic délivre l'image d'un système juridique qui ne maîtriserait plus le flot des règles qui le composent : c'est l'emballage normatif généralisé ». Les références à la sécurité juridique faites par les indicateurs variés mesurant l'attractivité économique de notre territoire renvoient également à l'idée d'une stabilité et d'une prévisibilité du droit objectif. Ainsi, pour ne prendre que les exemples les plus récents, l'*Index de la sécurité juridique* élaboré sous l'égide de la *Fondation pour le droit continental* relève que « la sécurité juridique est un des éléments de l'attractivité économique. En effet, les besoins de stabilité et de prévisibilité des entreprises se sont intensifiés à l'heure de la mondialisation des échanges accompagnée d'une concurrence accrue. "Savoir et prévoir" sont devenus des impératifs majeurs, et l'évaluation du risque – notamment contentieux – fait partie des paramètres de toute décision économique » (*Avant-propos de l'Index de la sécurité juridique 2016*). Il en va de même évidemment du très commenté *Baromètre de l'attractivité économique de la France 2016* du cabinet EY qui révèle que pour 51% des investisseurs étrangers l'insécurité juridique constitue un handicap pour notre pays ; du *Baromètre AmCham-Bain 2015* de l'*American Chamber of Commerce in France*, relatif au moral des investisseurs américains en France qui suggère comme deuxième pilier de ses recommandations annuelles d'« offrir davantage de sécurité juridique aux investisseurs internationaux » (*Baromètre AmCham-Bain 2015*, p. 18. Déjà en 2014 : « l'environnement fiscal reste perçu aujourd'hui comme trop complexe et instable, donc incompatible avec la mécanique d'investissement. Il convient notamment d'institutionnaliser le principe de non-rétroactivité fiscale et de sanctuariser des dispositifs fiscaux favorables à l'attractivité de la France tels que le Crédit d'impôt recherche » (*Baromètre AmCham-Bain 2014*, p. 16), tant il apparaît « difficile [...] de présenter la France comme un pays offrant un cadre juridique, fiscal et réglementaire stable et raisonnablement prévisible dans le temps » ; ou, encore de l'*Indice d'Attractivité du Territoire* publié en janvier 2016 basé sur l'image de la France auprès des investisseurs étrangers (www.cnccef.org).

⁸⁸⁵ C.J.U.E, 21 juin 2017, *N. W. e. a.*, aff. C-621/15, point 50 (cf. *supra* n°904).

comporter des charges financières, afin de permettre aux intéressés de connaître avec exactitude l'étendue des obligations qu'elle leur impose »⁸⁸⁶.

225. La prévisibilité dans la sécurité juridique subjective – Considéré sous un angle subjectif, le principe de sécurité juridique implique que le droit se montre « respectueux des prévisions déjà bâties par les sujets de droit »⁸⁸⁷. Cette distinction se trouve formalisée dans la jurisprudence communautaire qui distingue le principe de sécurité juridique de celui de protection de la confiance légitime : selon les mots d'un auteur, « la sécurité juridique n'est plus ici considérée comme une qualité en soi du système juridique ou du droit objectif, mais comme un *droit individuel et concret au profit des individus* »⁸⁸⁸. Le principe de confiance légitime apparaît donc comme le véritable volet subjectif de la sécurité juridique, « principe général du droit communautaire selon lequel un justiciable de bonne foi est en droit d'attendre des institutions de la Communauté le respect du principe de sécurité juridique dans l'élaboration du droit communautaire ayant fondé ses propres actions ou décisions, et, à défaut, en droit d'obtenir une indemnisation compensatoire de la perte éprouvée (préjudice financier pour une entreprise, par exemple) »⁸⁸⁹. Sous ce second aspect, la prévisibilité apparaît moins comme une qualité de la norme, et plus comme un mécanisme de protection des prévisions légitimement fondées sur un certain état du droit à un moment donné : « l'impératif de sécurité juridique conduit à considérer que, les parties au contrat ayant contracté en fonction d'un certain état du droit, elles ne doivent pas voir leurs prévisions déjouées par un changement de législation ultérieure, car le commerce a besoin d'un minimum de prévisibilité »⁸⁹⁰.

226. La prévisibilité : une régulation temporelle de la norme – Les exigences de stabilité et de prévisibilité trouveraient donc à s'appliquer tant en direction du droit objectif que des droits subjectifs⁸⁹¹, afin d'assurer la fiabilité d'un milieu économique-juridique donné au sein duquel les opérateurs économiques sont appelés à interagir⁸⁹² : ces derniers doivent être en mesure de « prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou

⁸⁸⁶ C.J.C.E, 2 décembre 2009, *Aventis Pasteur*, aff. C-358/08, point 47.

⁸⁸⁷ T. PIAZZON, *op. cit.* p. 49.

⁸⁸⁸ *Idem*, n°63. Souligné par l'auteur.

⁸⁸⁹ R. CABRILLAC (s. la dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lexis Nexis, 7^e éd., 2015, V^o *confiance légitime* (cité par M. PIAZZON, *op. cit.*, n°63).

⁸⁹⁰ F. POLLAUD-DULIAN, préc., p.492.

⁸⁹¹ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°31.

⁸⁹² Cf. B. TEYSSIE, préc., p.985 et s., spéc. n°3.

comportements »⁸⁹³. Selon un auteur, « la sécurité juridique répondrait ainsi à trois impératifs classiques : l'*accessibilité* matérielle et intellectuelle du droit qui doit être clair et compréhensible, la *stabilité* des droits et des situations individuelles et la *prévisibilité* qui doit l'emporter »⁸⁹⁴. La régulation ainsi décrite de la production normative pourrait ainsi, suivant en cela la distinction retenue par le Conseil d'Etat dans son rapport de 2006⁸⁹⁵, se décliner d'une part autour d'un *axe formel* régissant la qualité de la norme juridique (accessibilité et clarté), et d'autre part autour d'un *axe temporel*, soit la prévisibilité du droit et la stabilité des situations juridiques, qui viendraient en quelque sorte structurer la définition posée par la haute juridiction administrative dans ce même rapport : « les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ».

L'exigence de prévisibilité apparaît alors de prime abord cantonnée à une seule régulation de la « tension » temporelle de la norme, c'est-à-dire, si ce n'est à une absence⁸⁹⁶, du moins à un lissage des effets néfastes des variations de cette norme dans le temps. C'est le sens premier qui s'infère de la solution retenue par l'arrêt *Société KPMG et autres*, qui frappait de nullité une mesure réglementaire en raison de l'absence de dispositions transitoires relatives aux situations en cours à la date de son entrée en vigueur. A première vue donc, et à travers la grille de lecture offerte par le rapport du Conseil d'Etat, il semble bien que l'exigence de prévisibilité est partie prenante d'un principe général, désormais consacré, de sécurité juridique, *parmi d'autres exigences*, au titre de la seule régulation des variations temporelles du système normatif appréhendée soit dans la production des normes juridiques, soit encore à travers leur effet sur les situations individuelles. Les solutions proposées en vue d'améliorer la sécurité juridique vont d'ailleurs dans le même sens. Ainsi les revirements de jurisprudence sont-ils souvent dénoncés comme attentatoires à la sécurité juridique en raison de la rétroactivité qu'ils revêtent par nature : « en cas de changement de jurisprudence,

⁸⁹³ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°48.

⁸⁹⁴ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°29-1, p. 43 (nous soulignons). V. aussi : B. TEYSSIE, *préc.*, p. 985 et s. L'auteur décline son analyse de la sécurité juridique autour de trois axes que sont la *connaissance*, la *compréhension*, et la *prévisibilité* de la norme juridique.

⁸⁹⁵ *Rapport du Conseil d'Etat* (2006), *préc.*, p. 282. V. aussi M. CRISTAU, pour qui « la notion recouvre des exigences d'ordre matériel et temporel. Les exigences matérielles ont trait à la qualité de la loi, c'est-à-dire à sa clarté, son accessibilité et donc son efficacité. Quant aux exigences temporelles, elles sont relatives à la prévisibilité de la loi ou plus généralement à la stabilité de l'environnement juridique ce qui implique, notamment, une protection contre la rétroactivité (de la loi et des actes administratifs), une protection des droits acquis, la stabilité des relations contractuelles, l'assurance d'une consolidation des situations juridiques individuelles par le jeu de la prescription » (*préc.*, n°9).

⁸⁹⁶ La « sécurité juridique raisonnée n'est ni synonyme d'immobilisme, ni équivalente à l'absence de toute contrainte législative ou réglementaire, voire d'une contrainte minimale » (*Avant-propos de l'Index de la sécurité juridique*. Cf. *supra* n°195).

l'application rétroactive du revirement à des faits qui lui sont antérieurs peut porter atteinte à l'impératif de prévisibilité du droit et donc à la sécurité juridique »⁸⁹⁷, la modulation dans le temps des changements de jurisprudence, souvent réclamée, serait alors rendue nécessaire par l'imprévisibilité inhérente au revirement ainsi appliqué⁸⁹⁸. Quant à la loi, il est souvent relevé qu'outre un renforcement des qualités de rédaction et de diffusion répondant aux impératifs d'accessibilité et de clarté⁸⁹⁹, l'exigence de prévisibilité s'opposerait à des modifications récurrentes et trop nombreuses créant d'une part une instabilité dans l'instant mais constituant aussi un obstacle à une anticipation à plus ou moins long terme de l'état de la législation par les opérateurs économiques⁹⁰⁰. Ainsi « une fois la complexité des règles applicables appréhendées, la stabilité dans la durée et la fiabilité des droits acquis constituent [...] le cœur [des préoccupations des entreprises] : toute leur attention se porte sur l'élément le plus dynamique du droit, sur sa "fiabilité intertemporelle" et sur le lissage dans le temps des changements de normes »⁹⁰¹. Selon un auteur, « stabilité et prévisibilité renvoient toutes deux à la notion de temps, mais tandis que la stabilité concerne essentiellement le respect du passé, la prévisibilité intéresse plus nettement le futur, dans une vision des choses plus dynamique »⁹⁰².

227. Réévaluation du rôle de la prévisibilité dans le principe de sécurité juridique – Il est cependant possible de s'interroger sur l'acception restreinte dont fait objet l'exigence de prévisibilité ainsi entendue. En effet, outre la régulation de la tension temporelle de la norme juridique – sa prévisibilité au sens strict – il apparaît qu'une connaissance juste de celle-ci, rendue possible par les exigences d'accessibilité et d'intelligibilité, est également de nature à rendre prévisible le risque juridique pesant sur les situations juridiques, à l'instar de ce qui peut être observé, sous un angle plus précis, en ce qui concerne par exemple le devoir d'information pesant sur les contractants⁹⁰³. Il nous semble donc que l'exigence de prévisibilité de la norme constitue au contraire la matrice des diverses exigences

⁸⁹⁷ *Index de la sécurité juridique*, préc., p. 18.

⁸⁹⁸ *Idem*, p. 20.

⁸⁹⁹ L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ont été consacré comme objectifs à valeur constitutionnelle : C. constit. 16 décembre 1999, DC n°421. Pour une étude de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur cette question : V. not. F. LUCHAIRE, préc.

⁹⁰⁰ M. le professeur TEYSSIE souligne ainsi que « pour l'entreprise, les métamorphoses de l'appareil normatif sont plus redoutables que sa seule complexité. Celle-ci peut-être « gérée » [...] même si cette gestion a nécessairement un coût ; tel n'est pas le cas, en revanche, des premières, la futurologie législative et jurisprudentielle demeurant, au-delà du futur immédiat, un exercice souvent fort aléatoire » (préc., n°4).

⁹⁰¹ J-M SAUVE, préc.

⁹⁰² T. PIAZZON, *op. cit.*, n°31.

⁹⁰³ Cf. *supra*, spéc. n°116 et s.

d'intelligibilité, d'accessibilité et de stabilité qui concourent toutes de manière équivalente à la régulation du risque normatif...

§2 : L'essence du principe de sécurité juridique

228. Critique de l'analyse classique – Plusieurs critiques peuvent être apportées à la conception classique du rôle de la prévisibilité au sein du principe de sécurité juridique. D'une part l'analyse de la sécurité juridique ne peut être menée qu'en intégrant comme prémisse la considération de son caractère essentiellement normatif⁹⁰⁴, et en observant à ce titre que tant les manifestations objectives que subjectives du principe ne font apparaître aucune différence *quant au destinataire de cette norme*, dont l'action se trouve ainsi régulée. Dans tous les cas, le principe de sécurité juridique, qu'il porte sur le droit objectif dont il tend à assurer la qualité ou sur les droits subjectifs qu'il impose de respecter, demeure une norme juridique encadrant l'action *des pouvoirs publics* dans leur fonction de production normative. D'autre part y a-t-il réellement lieu à une distinction pertinente entre la sécurité juridique objective et la sécurité juridique subjective, dès lors que dans les deux cas, outre son destinataire, *l'effet même de la norme* est identique ? En effet, quel que soit l'objet sur lequel porte l'exigence de sécurité juridique, elle emporte comme effet une régulation des éventuelles ruptures du droit par rapport à ce qui avait pu en être anticipé par les justiciables, que l'anticipation porte sur le maintien de certains droits subjectifs ou de l'état du droit objectif. Autrement dit il semble que la distinction classique se trouve transcendée par *un élément unitaire consistant en une incitation à l'adresse des producteurs de normes juridiques d'éviter toute introduction d'un risque imprévisible dans l'ordre juridique*.

Ces deux raisons semblent militer pour un dépassement de la distinction classique et inciter à un réexamen subséquent du contenu du principe de sécurité juridique afin de donner toute sa place à l'idée de prévisibilité qui n'en est pour l'instant qu'une composante parmi d'autres.

⁹⁰⁴ Soc. 2 mai 2000, Bull. civ. V, n° 162 : D.2000.168 (arrêt néanmoins isolé à l'époque) ; CE Ass. 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n°288460 (préc.). Avant cela, la doctrine était divisée sur cette qualification, certains auteurs prônant la reconnaissance d'un tel principe : B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in. *Mélanges P. GELARD*, Montchrestien, 2000, p. 301 ; L. VAPAILLE, « Le principe de sécurité juridique, réalité et avenir en droit administratif français », *LPA*, 1999, n° 158, p. 18 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, n° spécial, 20 juin 1996, p. 178 ; M. HEERS, « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », *RFDA* 1995, p. 963 ; d'autres s'y opposant : A. CRISTAU, préc.

229. Pour une analyse fondée sur la considération du bénéficiaire de la norme – L’effet de la sécurité juridique sera mieux révélé si au lieu de s’intéresser à son sujet (le producteur de norme), on considère plutôt son bénéficiaire⁹⁰⁵ : la sécurité juridique et son arsenal de régulation normative ne se justifient en effet que par rapport aux intérêts dont elle tend à assurer la protection. La définition précédemment citée adopte d’ailleurs assez explicitement ce point de vue : le droit doit en effet « permet[tre] *aux sujets de droit* de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et [...] respecte[r] les prévisions légitimes déjà bâties *par les sujets de droit* dont il favorise la réalisation »⁹⁰⁶. On retrouve là, peu ou prou, la distinction déjà évoquée⁹⁰⁷ : un objectif de politique juridique devant permettre la prévisions-anticipation d’une part, un standard de régulation de la confrontation des prévisions-conjectures avec le risque d’autre part. C’est donc du point de vue des justiciables et plus particulièrement dans le domaine dont il est question ici, du point de vue des contractants qu’il convient de se placer : c’est-à-dire par rapport aux intérêts que le principe tend à protéger et à promouvoir...

230. L’idée de mutation – En premier lieu l’analyse classique montre que la sécurité juridique, souvent ramenée à des problématiques liées au rapport qu’entretient la norme avec le temps, est liée à l’idée de mutation. En effet, la possibilité que le système normatif (donc le droit objectif) puisse être modifié postérieurement à sa prise en compte par les contractants, constitue *a priori* une indétermination et représente donc un risque pour les situations subjectives. La distinction entre prévisibilité objective et prévisibilité subjective apparaît ici quelque peu artificielle car l’instabilité ou l’imprévisibilité des variations du système juridique sera nécessairement à l’origine de remises en causes déceptives car imprévisibles dans les situations subjectives. Au contraire, il semble possible d’envisager une recomposition *unitaire* du contenu du principe autour de la seule idée de mutation, de variation, entre un état du droit pris en compte par le justiciable à un moment donné, et un état futur qui se révèle finalement déceptif⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Il convient donc d’opérer un renversement de perspective auquel invite d’ailleurs la définition même de la *sécurité* : « situation de celui ou de ce qui est à l’abri des risques [...] » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *sécurité*). Le point de vue est donc réducteur qui consisterait à étudier le principe de sécurité juridique par le seul biais du sujet de la norme qu’il pose, en délaissant celui à qui elle profite.

⁹⁰⁶ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°48. Nous soulignons.

⁹⁰⁷ Cf. *supra* n°12.

⁹⁰⁸ Cette recomposition est opérée par M. PIAZZON pour qui « bien mieux que l’accessibilité ou la stabilité, l’idée de prévisibilité révèle [...] le vrai visage de la sécurité juridique. Elle permet de la systématiser et de la définir en elle-même et non plus seulement à travers ses composantes *a priori* hétérogènes » (*op. cit.*, p. 53).

231. L'idée de prévision – En second lieu, et par voie de conséquence, la sécurité juridique a un rapport étroit avec la prévision. RIPERT en son temps, louant l'œuvre napoléonienne de codification, pouvait dire : « la France se sentit solide dans son armature juridique. Son droit était fixé et unifié. Ses lois civiles assuraient la liberté... *Elles donnaient la sécurité en permettant par leur permanence de prévoir l'avenir...* »⁹⁰⁹. La référence, parmi les éléments constitutifs du principe, aux notions d'accessibilité ou de clarté de la norme pourrait pourtant incliner d'abord à penser que la prévision n'est que l'un des aspects de la sécurité juridique : connaître la norme (en son état *présent* donc) d'une part, et être en mesure d'anticiper ses applications *futures* d'autre part. Néanmoins, il apparaît *que le premier aspect ne se justifie que dans une optique de prévision* : ce n'est pas la méconnaissance du droit qui va porter en soi atteinte aux intérêts du sujet de droit, mais l'éventualité que, une fois prise la décision sur la foi d'une connaissance erronée de la norme, l'application ultérieure qui en sera faite vienne perturber, de façon imprévisible, la situation juridique établie. *Ce n'est point la norme en elle-même qui est au cœur de la sécurité juridique, mais le risque que représente sa mauvaise appréhension par les sujets de droit.* Les deux aspects apparaissent donc reliés par un lien de nécessité : selon les mots d'un auteur, « la sécurité, c'est en somme tout à la fois : savoir et prévoir »⁹¹⁰, ou plutôt pourrait-on dire plus justement, savoir *pour* prévoir.

232. L'exigence de prévisibilité, essence du principe de sécurité juridique – Il apparaît donc difficile de mettre sur un même plan les divers éléments qui constituent le principe de sécurité juridique : de la même façon qu'il n'y a pas véritablement une sécurité juridique objective et une sécurité juridique subjective en raison de l'homogénéité du risque, de même n'y-a-t-il pas non plus un axe formel et un axe temporel⁹¹¹, car *la prévisibilité apparaît comme la cause finale du mécanisme, à la réalisation de laquelle concourent un certain nombre d'exigences, notamment celles tenant à la qualité formelle des normes juridiques.* Des travaux récents ont ainsi montré que les composantes traditionnellement dévolues à la sécurité juridique trouvent leur cohérence dans la seule exigence de prévisibilité⁹¹² : « le rôle du temps est déterminant

⁹⁰⁹ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949, p. 3. Nous soulignons.

⁹¹⁰ B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 154. V. aussi : J-L BERGEL, *op. cit.*, n°29-1.

⁹¹¹ Cf. *supra* n°226.

⁹¹² T. PIAZZON, *op. cit.*, spéc. n°40 et s. V. aussi : P. MORVAN, « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Dr. social* 2006.707, qui à propos des caractères permanent, général et abstrait de la règle de droit affirme : « ces trois caractères congénitaux de la règle de droit ont une immense vertu. Ils confèrent une *prévisibilité* : les sujets de droit peuvent connaître par avance son contenu et déterminer en conséquence leur comportement. Cette prévisibilité est garante de la sécurité juridique, au sens premier du terme : un acte dont la validité est acquise à l'instant présent ne doit pas être remis en cause par un bouleversement ultérieur du droit. À l'inverse, l'imprévisibilité et l'insécurité juridiques sont des ferments de

dans l'étude de la sécurité juridique et, du point de vue de celle-ci, ce sont bien les notions de prévisibilité et de prévision qui s'imposent, à telle enseigne que *la prévisibilité constitue l'essence véritable de la sécurité juridique*. De manière négative, cela signifie que la sécurité juridique n'est un enjeu véritable que pour autant qu'il s'agit de faciliter ou de protéger les prévisions des sujets de droit »⁹¹³. Cette analyse unitaire est d'ailleurs celle qui ressort de la jurisprudence des Cours de Strasbourg et de Luxembourg⁹¹⁴ : ainsi « le principe de sécurité juridique exige qu'une réglementation imposant des charges au contribuable soit claire et précise, afin qu'il puisse connaître sans ambiguïté ses droits et obligations, et prendre ses dispositions en conséquence »⁹¹⁵, ou encore « l'exigence de prévisibilité implique que le droit interne doit user de termes assez clairs pour indiquer à tous de manière suffisante en quelles circonstances et sous quelles conditions il habilite la puissance publique à prendre pareilles mesures »⁹¹⁶. Le lien causal entre sécurité juridique et prévisibilité ainsi révélé oblige à remettre en cause la classification traditionnelle qui segmente les composantes du principe de sécurité juridique en axe formel et temporel, pour retenir une définition qui y voit « un idéal vers lequel le droit doit tendre en édictant des règles cohérentes, relativement stables et accessibles *pour permettre aux individus d'établir des prévisions* »⁹¹⁷, mettant ainsi la prévisibilité au cœur du mécanisme dont elle constitue la cause finale.

233. La sécurité juridique cantonnée au risque normatif – Le principe de sécurité juridique ainsi redéfini permet de faire apparaître une attention portée à la prévisibilité au plus haut niveau, qui est celui des principes généraux du droit⁹¹⁸, et constitue une illustration remarquable, quoi qu'irréductiblement déficiente, de l'intérêt qu'il peut y avoir à promouvoir au rang de norme générale gouvernant l'ensemble du droit des contrats l'exigence de prévisibilité. Il permet en effet de mettre en œuvre une protection globale des intérêts

l'arbitraire et de l'injustice. *Le principe de sécurité juridique, en première approche, tend à préserver l'abstraction, la généralité, la permanence et la prévisibilité de la règle de droit [...]* » (n°5. Nous soulignons).

⁹¹³ T. PIAZZON, *op. cit.*, spéc., n°31. M. le professeur LEVENEUR note dans sa préface (p. V) : « au-delà de la diversité qui semble à première vue le caractériser et qui peut se résumer à trois exigences (celle d'accessibilité du droit, qui doit être clair et lisible, celle de stabilité des droits et des situations individuelles régulièrement constitués, et celle de prévisibilité), *le concept de sécurité juridique trouve en réalité son unité autour de l'idée de prévisibilité qui en constitue l'essence véritable* : pour assurer la sécurité juridique, le droit doit permettre aux individus de bâtir des prévisions juridiques (ce qui suppose l'accessibilité de ses règles) et doit se montrer respectueux des prévisions déjà élaborées (ce qui passe, notamment, par une certaine stabilité) ». Nous soulignons.

⁹¹⁴ *Idem*, n°42, qui cite les deux décisions qui suivent, et en tire comme conclusion que « l'accessibilité est donc au service de la prévisibilité ».

⁹¹⁵ C.J.C.E, 9 juillet 1981, aff. 169/80, Rec. 1981, p.1931 et s.

⁹¹⁶ C.E.D.H, 30 juillet 1998, *Valenzuelas Contreros c/ Espagne*, n° 58496/00, Rec.1998-V, p. 1910-38.

⁹¹⁷ R. CABRILLAC, *op. cit.*, V° *sécurité juridique*. Nous soulignons.

⁹¹⁸ *Contra* : T. PIAZZON, *op. cit.*, n°45, pour qui « cette expression est trompeuse en raison de la polysémie de la notion de principe » (p. 58).

légitimes des sujets de droit – et, en l’occurrence, des contractants – à *travers une norme qui emprunte sa grande polyvalence à la notion même de prévisibilité*, laquelle permet d’agir tant en direction d’une régulation objective de la production normative, que de la promotion du respect des prévisions subjectives qui composent le contrat.

Pourtant il apparaît qu’en l’état actuel des choses cette attention demeure assez fortement sectorisée : consacrée à travers le principe de sécurité *juridique*, cette protection apparaît en effet irréductiblement déficiente, et appelle un évident dépassement du champ initialement retenu qui ne pourra se faire sans une certaine dénaturation du principe tel qu’il est aujourd’hui consacré. Un auteur remarquait ainsi que « l’adjectif *juridique* semble préciser [...] l’origine du danger, c’est-à-dire le danger venant d’une règle de droit, soit-elle de nature législative ou réglementaire ou bien d’origine jurisprudentielle »⁹¹⁹. *La norme ainsi posée s’adresse donc essentiellement aux producteurs de normes juridiques que sont le législateur et le juge, laissant de côté l’ensemble des risques pouvant provenir d’autres sources, tant humaines que naturelles, internes ou même externes à la relation contractuelle.*

234. Conclusion de la sous-section 1 relative à la prévisibilité du risque exogène – Un réexamen du principe de sécurité juridique, qui constitue l’un des axes structurants du droit actuel, permet de penser que derrière le tryptique classiquement retenu (intelligibilité, stabilité et prévisibilité de la norme) se cache en réalité le seul souci d’assurer la prévisibilité de l’environnement normatif du contrat. L’exigence de prévisibilité apparaît donc comme la matrice d’autres exigences qui lui sont subordonnées et semble pouvoir expliquer seule le principe de sécurité juridique. Son intégration au sein de celui-ci permet en outre d’identifier une manifestation de l’exigence de prévisibilité au plus haut niveau de la hiérarchie des normes. Néanmoins, il nous semble nécessaire de relativiser la portée de cette consécration : elle ne présente d’intérêt *qu’à l’égard du seul risque normatif*, laissant de côté l’ensemble des risques externes au contrat qui ne trouvent pas leur source dans l’action d’une personne juridique. La même dispersion se rencontre à l’égard du risque endogène : aucun des mécanismes dédiés à assurer la prévisibilité ne possède en effet une généralité suffisante pour embrasser l’ensemble du spectre contractuel...

⁹¹⁹ M. DE SALVIA, « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », Cahiers du C. constit., n° 11, décembre 2001.

Sous-section 2 : La prévisibilité du risque endogène

235. Introduction – Le principe de sécurité juridique apparaît essentiellement dédié à la protection des sujets de droit contre le risque que font peser sur leur situation les éventuelles variations de l’ordonnement juridique. D’autres mécanismes juridiques viennent en revanche prendre en compte les risques purement internes à la relation contractuelle. Le risque tire alors ici sa spécificité de la nature même du mécanisme considéré. Le contrat, selon la définition classique et la plus générale, est « un accord de volontés destiné à créer des obligations »⁹²⁰, ces-dernières étant « un lien de droit existant spécialement entre deux personnes, en vertu duquel l’une *doit* faire quelque chose pour l’autre »⁹²¹. Ainsi que le soulignait CARBONNIER, « le verbe *devoir* est au cœur de la notion », ce qui implique nécessairement l’existence d’une subjectivité porteuse toujours, malgré l’existence d’une sanction qui en assure l’effectivité⁹²², d’un certain aléa tenant à la persistance d’une irréductible liberté. Pour MOUSSERON, « la première famille de risques tient à l’inexécution de ses obligations par tel ou tel des partenaires »⁹²³. La célèbre formule selon laquelle le contrat serait une « appropriation du futur »⁹²⁴ est donc inexacte selon un auteur pour lequel « le seul bien poursuivi par les parties au contrat, la seule fin qui mobilise leurs volontés, c’est la prestation envisagée et non encore réalisée : la prestation future. En d’autres termes, c’est la prestation envisagée comme devant se réaliser dans l’avenir. La seule existence à laquelle peut prétendre ici le futur consiste donc en *sa représentation mentale chez les parties au contrat*, qui constitue le moteur de leur volonté de contracter »⁹²⁵. La puissance de la volonté contractuelle qui impose un *devoir* à autrui, ne saurait prétendre pour autant à un *pouvoir* dont l’emprise sur l’avenir permettrait une certitude absolue quant à l’accomplissement par le débiteur de son obligation, tant la notion même de *devoir* emporte nécessairement la persistance d’une irréductible liberté en vertu de laquelle il demeure possible, quoique de façon illicite, de ne pas s’exécuter.

⁹²⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°930.

⁹²¹ *Idem*, n°922. Souligné par l’auteur.

⁹²² La sanction de la norme contractuelle est assurée en droit des contrats par l’article 1103 du Code civil qui reprend la célèbre formule selon laquelle « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». V. par ex. : C. MASCALA (s. la dir.), *A propos de la sanction, Travaux de l’IFR Mutation des normes juridiques de l’Université Toulouse I Capitole*, PUSS, 2007, p. 9 : « la sanction est présente dans toutes les branches du droit : elle accompagne la règle de droit, elle est la gardienne de son efficacité et de son effectivité, elle condamne et répare la défaillance à l’égard de la règle juridique ».

⁹²³ J-M MOUSSERON, préc., p. 487, n°10.

⁹²⁴ J-M TRIGEAUD, préc.

⁹²⁵ A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in. *Le Droit et le futur...*, Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 78.

236. Annonce du plan – Face au risque interne, dont la cause réside invariablement dans l'aléa que représente l'exercice toujours possible d'une liberté illicite des parties, ont émergé progressivement des mécanismes de régulation visant à prendre en compte et à neutraliser autant que possible les effets d'une réalisation toujours possible du risque. Quoi qu'il soit possible d'établir une *summa divisio* entre ceux instaurant *a priori* une régulation des comportements⁹²⁶ au sein du contrat (§1), et ceux visant *a posteriori* à neutraliser l'effet néfaste de l'inexécution (§2), l'exigence de prévisibilité apparaît non seulement comme une constante, mais aussi *comme un facteur d'unité* ouvrant à un questionnement sur la pertinence de la coexistence de mécanismes aussi divers...

§1 : La prévention du risque

237. Annonce du plan – De nombreux mécanismes de régulation des comportements existent. Tous visent à encadrer l'exercice que peuvent faire les parties de leur liberté, qu'elles soient ou non engagées dans les liens contractuel. Le devoir, ancien quoi que le droit contemporain se soit attaché à le développer de manière considérable⁹²⁷, de bonne foi (A), tout comme celui, plus moderne, de cohérence contractuelle (B), procèdent de la même idée : celle *d'imposer aux contractants l'adoption de comportements prévisibles*, de façon à éviter que les prévisions qu'auraient pu former le cocontractant se trouvent déjouées par la réalisation d'un risque qu'il ne lui était pas possible d'anticiper.

A) La prévisibilité dans le devoir de bonne foi

238. Développement contemporain de l'obligation de bonne foi – Le concept de bonne foi s'est imposé depuis longtemps comme un outil performant de « moralisation »⁹²⁸ des relations juridiques. Longtemps cantonnée par le Code à la seule exécution du contrat⁹²⁹, la bonne foi

⁹²⁶ V. not. la deuxième partie de la thèse de M. le Professeur FAGES (*Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997) intitulée « L'action du droit sur le comportement du contractant » (p. 265 et s.).

⁹²⁷ V. par exemple : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », *in*. « L'avenir du droit », Mélanges en hommage à F. TERRE, Dalloz, 1999, p. 627 et s. L'ordonnance du 10 février 2016 a du reste consacré l'extension formelle du devoir de bonne foi à l'ensemble du temps contractuel, en ce compris les négociations (article 1112 du Code civil).

⁹²⁸ V. not. : Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, « Bonne foi », *in*. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, janv. 2017, spéc. n°5.

⁹²⁹ La seule référence se trouvait en effet à l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil, qui disposait : les conventions « doivent être *exécutées* de bonne foi ». La jurisprudence en a cependant très tôt fait une application extensive à l'ensemble du temps contractuel, et notamment au cours de la phase précontractuelle (cf. *infra*).

trouve désormais dans l'article 1103, issu de la réforme de 2016, une consécration éclatante en tant que *disposition générale*⁹³⁰ appelée à régir l'ensemble du processus contractuel : « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». Le rappel quelque peu redondant eu égard à la formulation catégorique de ce texte, du caractère d'ordre public de cette disposition à l'alinéa 2⁹³¹ vient en renforcer si besoin était la force remarquable en interdisant qu'il puisse y être dérogé par convention. Cette exigence se trouve en outre rappelée de manière spécifique en ce qui concerne la phase précontractuelle à l'article 1112 alinéa 1 du Code civil qui dispose : « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi ». Là encore l'insistance du législateur quant au caractère d'ordre public de la disposition doit être relevée.

239. Une notion protéiforme – CORNU donnait une définition très générale de la bonne foi : elle est l'« attitude traduisant la conviction ou la volonté de se conformer au Droit qui permet à l'intéressé d'échapper aux rigueurs de la loi »⁹³². La notion apparaît ici sous une approche subjective, et désigne *une cause d'exonération de la sanction fondée sur l'intention sincère d'agir conformément au droit*, et donc l'absence de toute intention malveillante, y compris en cas de violation de la règle. Prise dans ce sens elle est « l'ignorance d'un fait ou d'une circonstance, ou plutôt la croyance erronée, la fausse opinion que l'on en a »⁹³³, cette « croyance erronée mais sincère »⁹³⁴ ayant souvent un rôle exonératoire⁹³⁵. Dans certains cas,

⁹³⁰ L'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas qualifié expressément la bonne foi de *principe* général ou directeur (C. PERES, « Observations sur « l'absence de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015.647 ; Ph. LE TOURNEAU, M. POUmarede, *op. cit.*, n°16), mais il ne fait pourtant guère de doute que l'ancien article 1134, « tout comme l'actuel article 1104, par sa forme même, apparaît comme une maxime générale du droit » (*idem*, n°85). Pour certains auteurs il semble même possible de penser que même en l'absence de consécration formelle, « [...] la bonne foi répond [...] exactement à la définition que l'on donne traditionnellement de ce qu'est un principe » (M. MEKKI, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC* 2015.651. V. aussi : du même auteur : « Les principes généraux dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », D.2015.816 ; A. AYNES, « Dispositions préliminaires », *in*. « Dossier réforme du droit des contrats », *Journal sociétés*, n°118, avr. 2014, p. 12). A l'inverse une autre doctrine estime que ce serait « une erreur d'analyse que de ne tirer aucune conséquence de ce rejet éclairé et volontaire des auteurs de l'ordonnance et, par une sorte de tropisme ou de penchant cartésien, de prétendre ultérieurement "découvrir" des principes directeurs là où il n'en existe pas » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 41). Sur cette question cf. *infra* spéc. n°297.

⁹³¹ Cette mention se justifie néanmoins par le caractère supplétif de volonté du droit issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : Cf. *Rapport au Président de la République* (préc.).

⁹³² G. CORNU (s. la dir), *Vocabulaire juridique*, préc., V° *bonne foi*.

⁹³³ P. JOURDAIN, « La bonne foi dans la formation du contrat », *in*. *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, 1992, Litec, 1994, p. 121.

⁹³⁴ Ph. LE TOURNEAU, M. POUmarede, préc., n°3.

⁹³⁵ Par ex. : en matière de répétition de l'indu la mauvaise foi, et donc à l'inverse la bonne foi, du débiteur est prise en compte dans la restitution de la chose (not. article 1352-2 du Code civil) ; de la même façon le délai de

la loi tiendra compte de ces dispositions, la bonne foi étant alors une irruption de la morale dans le droit⁹³⁶ : « la sincérité est prise en compte par le droit, comme test de la moralité du contractant, sous les espèces de la bonne foi. [...] La notion est ici une notion morale : c'est la probité candide dans l'accomplissement des obligations »⁹³⁷. La notion conduit donc à une prise en compte subjective du comportement : c'est la volonté, l'attitude du sujet de droit qui sera considérée en elle-même, dans une confrontation interne. L'une des principales difficultés de mise en œuvre de cette notion réside dans cette subjectivité, qui empêche de la réduire à une simple notion de droit positif⁹³⁸. Mais c'en est aussi l'intérêt principal, que cette ouverture à une prise en compte par le droit de l'intention de l'individu. Dans ce premier sens la bonne foi apparaît pourtant insuffisante à fonder un cadre comportemental orienté vers la prévisibilité.

Il convient donc de se tourner vers une approche plus prescriptive dans laquelle la bonne foi sera « la règle de conduite qui exige des sujets de droit une loyauté et une honnêteté exclusive de toute intention malveillante »⁹³⁹. Dans ce second sens elle entretient certes encore un rapport étroit avec la morale, mais une morale non plus tournée vers soi comme un procédé de justification personnelle, mais vers autrui, *comme régulation des relations interpersonnelles par l'imposition d'un cadre comportemental extérieur à l'individu*. Pourtant, il semble que la bonne foi ait conservé de ce caractère dual – moral et juridique – une double nature. Un auteur relevait en son temps⁹⁴⁰ que la bonne foi, considérée dans son sens prescriptif, était utilisée en droit français à la fois *comme un critère d'évaluation juridique* et *comme une obligation dans les relations juridiques*, ce en quoi elle apparaît comme étant « à la fois une norme de comportement et une norme de jugement »⁹⁴¹.

240. La bonne foi, standard juridique d'un comportement prévisible – En tant que norme de comportement⁹⁴², la bonne foi comporte des applications très diverses⁹⁴³, et il ne saurait être

la prescription acquisitive en matière immobilière est réduit à dix ans au lieu de trente pour « celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre » (article 2272 du Code civil).

⁹³⁶ P. JOURDAIN, préc., p. 121.

⁹³⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°17, p.55.

⁹³⁸ J. GHESTIN, « La réticence, le dol et l'erreur sur les qualités substantielles », *D.*1971, Chron. 247 : « la bonne foi en effet, n'est pas une notion juridique, mais une notion essentiellement morale ». Voir aussi: P. JOURDAIN, préc., spéc. p. 121 et 132 ; pour la vision inverse : Ph. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, *op. cit.*, n°5 & 12.

⁹³⁹ Y. LOUSSOUARN, « Rapport de synthèse », *in. La bonne foi*, t. XLIII, Travaux de l'association H. CAPITANT, 1992, p. 12.

⁹⁴⁰ F. GORPHE, *Le principe de bonne foi*, Paris, 1928, p.17.

⁹⁴¹ B. JALUZOT, *op. cit.*, n°234.

⁹⁴² Mme JALUZOT considère qu' « elle a le pouvoir de contraindre le comportement des parties durant la vie du contrat, de sa naissance à sa disparition » (*op. cit.*, n°241).

question de prétendre ramener l'exigence de bonne foi, dans toute son ampleur conceptuelle et technique, à la seule recherche d'une prévisibilité des comportements. Mais il semble possible d'affirmer qu'un certain nombre de développements donnés à la bonne foi ont trait incontestablement à cette exigence. La bonne foi va en effet réguler les risques pouvant résider dans la liberté des parties: elle « consiste pour chacune des parties à ne pas surprendre la confiance qu'elle a suscitée en contractant ; *cette prévisibilité est au cœur du contrat, spécialement lorsque le lien contractuel doit durer* »⁹⁴⁴. Ou encore « être de bonne foi c'est faire preuve d'un esprit loyal, sincère, honnête ; c'est être fidèle à la parole donnée ; c'est tenir ses promesses »⁹⁴⁵.

241. L'imposition d'une prévisibilité des comportements contractuels – La mise en œuvre du devoir de bonne foi au stade de l'exécution du contrat est classique : la lettre de l'ancien article 1134 du Code civil cantonnait d'ailleurs la bonne foi à cette seule période. Elle conduit à exiger des contractants l'accomplissement conforme des obligations souscrites, en y ajoutant une appréciation qualitative : la bonne foi « suppose, au minimum, le respect de ses engagements avec sincérité, droiture, donc sans mensonge, ni malice, ni tentative de nuire »⁹⁴⁶. Elle modèle donc la figure d'un contractant qui satisfait la confiance qui a été placée en lui, tant sur le plan strictement juridique que plus largement dans ses qualités humaines, ce en quoi elle confine à la morale, et permet de sanctionner le comportement opportuniste d'un contractant qui satisferait ponctuellement ses obligations en jouant des « failles » du droit pour profiter de la situation de son partenaire⁹⁴⁷. Ainsi le bailleur qui exigerait de façon « brutale » une régularisation des charges après plusieurs années, alors qu'il n'avait jamais répondu à la demande en ce sens du locataire, et quoi que cette réclamation soit « juridiquement recevable et exacte dans son calcul », engage sa responsabilité pour

⁹⁴³ Cf. Ph. LE TOURNEAU, M. POUMAREDE, *op. cit.*, n°84 et s. qui citent entre autres : la persévérance, la vigilance, la tolérance, la transparence, la fidélité, la coopération,...

⁹⁴⁴ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 371, n°764.

⁹⁴⁵ D. ALLAND, S. RIALS (s. la dir.), *op. cit.*, V. *bonne foi*.

⁹⁴⁶ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁴⁷ Civ. 3, 26 mars 2013, n°12-14870 : D.2014.630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTDCiv.*2013.606, obs. H. BARBIER : « la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle [...] ». V. aussi : Com. 10 juillet 2007, Bull. IV, n°188 : *G.A.J.C.*, n°164 : R. p. 436 ; D.2007.2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *idem*, note P-Y GAUTIER ; *ibid.* p. 1955, obs. X. DELPECH ; *idem*, p. 2769, obs. SALOMON ; *idem*, p. 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP G* 2007.II.10154, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2007.2394, note D. MAINGUY ; *Defrénois* 2007.1454, obs. E. SAVAUX ; *CCC* 2007, n°294, note L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* sept. 2007, p. 94, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2007.1107, obs. L. AYNES ; *idem*, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.*2007.773, obs. B. FAGES.

manquement à son devoir de loyauté⁹⁴⁸. De même que « manque à son obligation de bonne foi le banquier qui, ayant bénéficié du droit d'exiger la déchéance du terme, n'a pas poursuivi immédiatement l'exécution de l'obligation de remboursement et n'a intenté une procédure de saisir que six ans plus tard pour le seul montant des intérêts et pénalités de retard, en ayant obtenu auparavant paiement du capital par l'emprunteur »⁹⁴⁹.

Le devoir de bonne foi apparaît ici d'abord sous sa connotation morale évidente : il vient sanctionner le caractère illégitime de l'avantage que l'un des contractants prétend obtenir de l'autre. Mais d'où vient précisément cette illégitimité ? La question se pose lorsque le droit dont se prévaut le cocontractant repose sur une prérogative qu'il tient licitement du contrat ou de la loi... Il semble que ce soit *in fine* l'imprévisibilité du risque créé par le comportement du contractant qui soit ici sanctionnée : le caractère « brutal » est en effet conditionné par l'existence d'un comportement qui avait pu laisser penser à l'autre partie que sa situation se trouvait dénuée d'un tel risque dès lors que le créancier avait semblé par exemple ne pas souhaiter réclamer son dû.

La jurisprudence relative à une rétention, par l'une des parties, d'informations importantes préjudiciable à l'autre est encore plus parlante : sera ainsi déloyal le comportement de l'employeur qui annonce de façon tardive sa décision de déménager l'entreprise⁹⁵⁰ alors même que cet événement est de nature à emporter de graves conséquences pour ses employés ; ou encore celui du salarié qui dissimule à l'employeur « un fait en rapport avec ses activités professionnelles et les obligations qui en résultent [...] dès lors qu'il est de nature à avoir une incidence sur l'exercice des fonctions »⁹⁵¹ ; ou celui du créancier qui n'avise pas le garant des difficultés du débiteur »⁹⁵². L'on voit ici que le manquement à la bonne foi de celui qui se tait est sanctionné en raison de l'impossibilité de ce fait pour son cocontractant d'anticiper le risque pour s'en prémunir, ce qui est évidemment pour lui la cause d'un préjudice.

242. L'imposition d'une prévisibilité des comportements précontractuels – Malgré le silence du Code civil avant 2016, la jurisprudence a de longue date appliqué le devoir de bonne foi

⁹⁴⁸ Civ. 3, 21 mars 2012, n°11-1474, Bull. civ. III, n°49 : *RDC* 2012.763, obs. Y-M LAITHIER ; *idem*, p. 807, obs. O. DESHAYES.

⁹⁴⁹ Civ. 1, 31 janvier 1995, Bull. civ. I, n°57 : *Deffrénois* 1995.749, obs. Ph. DELEBECQUE. V. aussi : Paris, 22 juin 2001 : *D.*2002.843, note C. COULON sur des faits à peu près similaires ; Civ.2, 8 novembre 2007 : *JCP* 2008.II.10034, note GRYNBAUM ;

⁹⁵⁰ Soc. 4 avril 2006, Bull. V, n°132.

⁹⁵¹ Soc. 29 septembre 2014, n°13-13661 : Bull. V, n°209.

⁹⁵² Com. 31 mai 1994 : *RTDCiv.*1995.105, obs. J. MESTRE ; Com. 17 octobre 1995 : Bull. IV, n°238 : *RTDCiv.*1996.398, obs. J. MESTRE.

aux fins de réguler les comportements des parties avant la conclusion du contrat : au cours de cette période, qui des premières tractations jusqu'à la conclusion du contrat forme dans l'idéal une sorte de *continuum*⁹⁵³ entre la période précontractuelle et l'instant contractuel, se tisse en effet, de manière progressive, une confiance mutuelle, sans laquelle aucune négociation ne pourrait raisonnablement avoir lieu. La bonne foi permet ainsi « de sécuriser la phase de négociation contractuelle, puisqu'elle constitue le support de la sanction des ruptures de pourparlers subites et intempestives »⁹⁵⁴. Le principe de liberté contractuelle va en effet se trouver contraint, régulé, par le jeu de ce qu'il est possible d'analyser en un standard comportemental du bon négociateur⁹⁵⁵, dont les exemples en jurisprudence sont nombreux et éloquents. Si la liberté contractuelle demeure largement préservée par des juges sourcilleux⁹⁵⁶, les circonstances de la rupture seront néanmoins prises en compte⁹⁵⁷ afin de rechercher l'éventuelle responsabilité de l'un dont le comportement serait préjudiciable à l'autre : la bonne foi « agit comme une limite à la liberté de principe, même si elle travaille à la marge puisqu'elle touche au seul comportement des personnes en négociation. On est toujours libre d'entamer des négociations, toujours libre de les mener et toujours libre de les rompre, mais pas de n'importe quelle façon – plus exactement, il est des façons de faire qui ne sont pas tolérables »⁹⁵⁸. Ainsi de la rupture brutale, sans motif légitime, de négociations engagées

⁹⁵³ R. LIBCHABER, obs. sous Civ.3, 28 juin 2006, *Deffrénois* 2006, p.1858 et s. V. aussi E. SAVAUX, « Solidarisme contractuel et formation du contrat », in. L. GRYNBAUM, M. NICOD (s. la dir.) *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, p.43: « Selon une division chronologique tout à fait traditionnelle, la formation désigne la phase d'élaboration du contrat, nécessairement préalable à l'exécution à laquelle on l'oppose et séparée d'elle par l'accord de volontés des parties. Elle couvre les pourparlers, du premier contact en vue de la conclusion éventuelle du contrat jusqu'à la réalisation de celle-ci par l'accord des parties sur les éléments essentiels de l'opération projetée ».

⁹⁵⁴ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC*.2003.295, n°29. V. aussi : J. CASEY, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D*.1998.208.

⁹⁵⁵ P. JOURDAIN, préc., p. 121 : la bonne foi est « une règle de conduite [...] une norme morale de comportement appréciée in abstracto selon les (bons) usages de la vie en société ». V. aussi: PH. LE TOURNEAU et M. POUMAREDE, préc., n°4.; S. TISSEYRE, *op. cit.*, n° 66 s.

⁹⁵⁶ V. entre autres : Civ.1, 20 mars 2014 (n°12-28318) ; Com. 13 novembre 2013 (n°12-25043) ; Com. 17 janvier 2012 (n°10-28509) ; Civ. 1, 29 mai 2013 (n°12-16563) : malgré le pourvoi très argumenté fondé explicitement sur une violation par le défendeur de son « obligation de négocier de bonne foi » de laquelle le demandeur tentait de déduire une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, la Cour affirme, dans un attendu particulièrement riche, la liberté de rompre les pourparlers qui demeure tant que ne sont pas arrêtés les termes définitifs du contrat : « Mais attendu qu'ayant constaté que l'accord du 22 juillet 1998, dont l'essentiel des modalités restaient à finaliser, n'emportait aucun engagement ferme et définitif entre les repreneurs, sauf à mener les négociations de bonne foi, et qu'au jour de la signature de la convention du 23 octobre 1998, les engagements réciproques entre les parties, tant à l'égard de la société Rhodia chimie qu'entre les candidats repreneurs eux-mêmes, n'étaient encore que partiellement arrêtés, la cour d'appel a pu décider qu'aucune faute n'était caractérisée à la charge des sociétés Afipa et Continentale d'entreprises qui, en se retirant de l'opération de reprise, qualifiée de complexe et source de conflits, n'avaient fait qu'user de la liberté qu'elles avaient, à ce stade des négociations, de ne pas contracter... ».

⁹⁵⁷ V. not. : J. MESTRE et B. FAGES, « Rupture des pourparlers : pot-pourri de comportements fautifs », *RTDCiv*. 2003.282.

⁹⁵⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 75.

depuis longtemps⁹⁵⁹, ou de l'engagement de discussions sans intention réelle de parvenir à un accord⁹⁶⁰. L'objectif de prévisibilité est particulièrement perceptible dans l'obligation faite de ne pas retirer l'offre qui aurait éventuellement été émise, avant l'expiration du délai indiqué⁹⁶¹. A travers les diverses décisions rendues, se dessine le standard comportemental d'un négociateur loyal, qui ne trompe pas la confiance qu'ont pu susciter ses dires ou ses actes chez son interlocuteur. La jurisprudence sanctionne en effet toute mauvaise foi dans la conduite ou la rupture des négociations, dessinant en creux un devoir général de bonne foi, qui relativise en pratique le sacro-saint principe de liberté contractuelle, et « opère comme une sorte de garde-fou »⁹⁶², en imposant aux interlocuteurs « de se comporter conformément à ce que l'on peut attendre d'un partenaire soucieux de ses intérêts sans abuser de ses prérogatives »⁹⁶³, le fondement profond de cette norme comportementale étant la protection de la confiance qu'avait pu susciter le comportement du partenaire avant qu'il décide de mettre fin aux négociations.

La bonne foi est donc un standard juridique qui va permettre au juge de se prononcer par comparaison à un modèle, sur le caractère admissible ou non d'un comportement⁹⁶⁴, en fixant une ligne de conduite générale⁹⁶⁵ : celle du partenaire agissant conformément à ce qu'exige la nature même de la relation dans laquelle il s'est engagé, ne surprenant pas la confiance légitime qu'a placée en lui le cocontractant, ne décevant pas ses attentes⁹⁶⁶. Lorsqu'il déborde de ce cadre, son comportement devient fautif, et il sera alors possible d'engager sa responsabilité.

B) La prévisibilité dans le principe de cohérence contractuelle

243. *Emergence récente d'un principe de cohérence* – Déclinaison plus tardive de la loyauté contractuelle, l'émergence d'un *principe de cohérence* a également été soulignée⁹⁶⁷, qui est

⁹⁵⁹ Com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n°93 ; *RTDCiv.* 1972.779, obs. DURRY ; Com. 7 janvier 1997 (n°94-21561) et Com. 22 avril 1997, D.1998.45, note CHAUVEL ; Com. 7 avril 1998 (n°95-20361).

⁹⁶⁰ Civ.1, 1^{er} avril 1976, Bull. civ. I, n°122 ; *RTDCiv.* 1977.127, obs. DURRY.

⁹⁶¹ J. ANTIPPAS, « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTDCiv.* 2013.27.

⁹⁶² J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°711, p. 514.

⁹⁶³ *Idem, ibid.*

⁹⁶⁴ B. JALUZOT, *op. cit.*, n°242.

⁹⁶⁵ *Idem*, n°250 et s.

⁹⁶⁶ V. par ex. l'article 7.1.6 UNIDROIT qui interdit à une partie de se prévaloir d'une clause « lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie », si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ».

⁹⁶⁷ V. not. : D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2001.

l'« un des plus impérieux que connaisse le droit »⁹⁶⁸. Un auteur⁹⁶⁹ a pu le décliner d'une part en un devoir de cohérence *avec le contrat*, qui revient selon lui « pour une large part à ne pas contredire son obligation fondamentale »⁹⁷⁰, et d'autre part en un devoir de cohérence *avec soi-même*⁹⁷¹, qui plonge ses racines dans l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui⁹⁷². C'est dans un arrêt du 13 avril 1988, que la troisième chambre civile de la Cour de cassation a posé pour la première fois semble-t-il un principe général de cohérence en affirmant que « le sous-traitant ne peut à la fois se prévaloir du contrat de sous-traitance pour obtenir le paiement de ses travaux et le rejeter pour échapper à ses obligations contractuelles »⁹⁷³. Le principe de cohérence, que la jurisprudence consacre désormais de façon positive⁹⁷⁴ comme élément de régulation des comportements contractuels « impose de ne pas changer trop brusquement d'avis, de ne pas décevoir l'attente que l'on a créée : le comportement doit être *suffisamment constant pour être le fait d'un homme raisonnable* »⁹⁷⁵.

244. La régulation du comportement conçu comme signe d'anticipation – L'idée de cohérence appelle un examen du comportement du contractant, c'est-à-dire *d'un ensemble d'actes*⁹⁷⁶ à travers lesquels apparaîtra *une certaine façon d'agir inscrite dans une continuité*. Le comportement a donc par nature une dimension temporelle forte. Un auteur définissait « le comportement du contractant [...] comme la manifestation, par celui-ci, d'un ou plusieurs faits susceptibles de caractériser une manière d'être ou d'agir particulière de sa part, et distincts des actes purement juridiques ou matériels se rapportant au contrat »⁹⁷⁷, « l'extériorisation par le contractant d'un ou plusieurs faits susceptibles de révéler chez lui

⁹⁶⁸ B. CELICE, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1968, n°174.

⁹⁶⁹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997, n°594 et s.

⁹⁷⁰ *Idem*, p. 613. M. le Professeur MAZEAUD souligne ainsi que « si les clauses qui réduisent à une peau de chagrin ou excluent la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle, laquelle constitue objectivement ou dans l'esprit des parties la colonne vertébrale du contrat qu'elles ont conclu, sont souvent réputées non écrites, c'est bien parce qu'elles privent de toute cohérence interne le contrat en question. Au fond, on ne peut, sans se contredire au détriment d'autrui, conclure un contrat qui engendre une obligation fondamentale et, dans le même temps, imposer une clause dont le jeu revient, peu ou prou, à neutraliser celle-ci » (*in*. « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.295, n°30).

⁹⁷¹ B. FAGES, *op. cit.*, n°630 et s.

⁹⁷² Ce principe trouve sa source dans le droit international et particulièrement en droit de l'arbitrage. V. not. : E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. de l'arb.* 1985.241 et s.

⁹⁷³ Civ.3, 13 avril 1988, n°86-18961, Bull. civ. III, n°72, p.41. : *JCP G* 1989.II.21302, note R. MARTIN ; *RTDCiv.* 1989.743, obs. J. MESTRE.

⁹⁷⁴ V. par ex. : D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP E* 2011.1250 (note sous Com. 20 septembre 2011, n°10-22888).

⁹⁷⁵ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, Préf. H. MUIR WATT, PUAM, 2001, n°53.

⁹⁷⁶ M. le professeur FAGES souligne ainsi que « le moindre petit fait accompli par le contractant, même de façon extérieure, ne peut être regardé comme un comportement. Car, à moins d'être particulièrement saillant, ce qui arrive certes quelquefois, un simple geste est rarement la marque d'une manière d'être ou d'agir » (*op. cit.*, p.21).

⁹⁷⁷ B. FAGES, *op. cit.*, n°9.

une certaine façon d’agir »⁹⁷⁸. Le principe de cohérence contractuelle comporte donc une double dimension tenant d’une part à son objet (*le comportement des contractants*) qui porte sur la dimension temporelle d’un agissement pris, non de manière ponctuelle, mais dans une certaine continuité ; et d’autre part dans l’affirmation de la nature du comportement contractuel passé et actuel comme signe efficace d’une anticipation de la manière d’agir dans l’avenir. Un auteur affirme ainsi que « la cohérence instantanée déploie ses effets sous les traits de ce que l’on pourrait appeler une cohérence successive appliquée aux comportements. Elle colonise le futur en forme de prolongement statistique du passé, conquérant ainsi un prévisible fondé sur des éléments objectifs »⁹⁷⁹.

245. La recherche d’une prévisibilité des comportements – Le principe de cohérence exige donc « que chaque partenaire fasse preuve d’une certaine constance dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naître une confiance légitime dans l’esprit de son interlocuteur. »⁹⁸⁰. Il s’analyse donc plus comme une exigence de non-contradiction plutôt que de continuité⁹⁸¹, dans la mesure où il ne saurait exister de devoir de non-remise en cause des habitudes : un contractant peut toujours changer de comportement⁹⁸², dans les limites évidemment que lui fixe l’impératif respect de ses obligations tant contractuelles que précontractuelles⁹⁸³. Le principe de cohérence interdira donc le « soudain changement d’attitude », ou la « totale incompatibilité d’attitudes »⁹⁸⁴, écartant « tout ce qui n’est pas conforme à la pratique courante, au sens commun, à la coutume reçue, à l’usage, tout ce qui est inopiné, insolite, imprévu, exceptionnel, tout ce qui n’est pas naturel et tel qu’on s’attendait à le trouver d’habitude ou qu’on était en droit de l’escompter »⁹⁸⁵. Tout

⁹⁷⁸ *Idem*, n°10.

⁹⁷⁹ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, p. 61.

⁹⁸⁰ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », in. *L’avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 614, n°12.

⁹⁸¹ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n°6.

⁹⁸² J-C COVIAUX, *L’habitude individuelle dans le droit des obligations*, Paris II, 1973, t.2, n°118 et s ; G. ENDREO, « L’habitude », *D.1981.313*, spéc. p.316. V. aussi, sur les implications du principe en matière procédurale : P. CALLE, « Une introduction limitée du principe d’interdiction de se contredire au détriment d’autrui en procédure civile française », *JCP G* 2009.100073. M. le Professeur HOUTCIEFF affirme que « le principe de cohérence limite la possibilité de changer d’avis. Il manifeste un seuil de tolérance et impose une continuité des attitudes qui n’est pas une fixité. L’exclusion définitive du oui par le non conduirait à réduire la logique du droit à la logique formelle, ce qui est inconcevable. L’incohérence reste la contradiction appréciée à l’aune du raisonnable » (*op. cit.*, n°55).

⁹⁸³ Pour M. le Professeur HOUTCIEFF le principe de cohérence, en effet, ne requiert pas l’existence de liens contractuels : « il suffit qu’autrui ait pu croire en un comportement futur fonction de l’attitude présente. Il ne s’agit pas d’être fidèle à la parole donnée, mais à soi-même » (*op. cit.*, n°55). *Contra* : Civ.3, 14 septembre 2005, n°04-10856, Bull. Civ. III, n°166, p.154 : *D.2006.761*, obs. D. MAZEAUD.

⁹⁸⁴ B. FAGES, *op. cit.*, n° 642 et 649.

⁹⁸⁵ C. BLAEVOET, « De l’anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives », *JCP* 1946.I.560, cité par M. HOUTCIEFF (*op. cit.*, n°52).

comportement subitement en discordance avec ce qu'il donnait à voir précédemment de l'intention de son auteur sera contraire à ce principe : « la personnalité, telle qu'elle est perçue par les tiers, constituera le système révélateur de la contradiction ou de la continuité subjective »⁹⁸⁶. L'exigence de cohérence apparaît ainsi apte à fonder un cadre comportemental nécessaire à la préservation de la confiance en assurant la prévisibilité des situations de chaque partenaire⁹⁸⁷, ce qui ne peut se faire qu'au moyen d'une norme suffisamment souple pour prendre en compte la multiplicité des situations particulières.

246. Incertitudes quant au fondement de l'exigence de cohérence contractuelle – Si le résultat poursuivi par la mise en œuvre d'une exigence de cohérence contractuelle apparaît indéniablement être la réduction des risques imprévisibles pouvant peser sur le contrat, son fondement théorique, en l'absence de consécration en tant que tel dans les textes, fait l'objet d'un certain flottement. On a évoqué une application élargie de la règle *Nemo auditur...*⁹⁸⁸, le principe de confiance légitime⁹⁸⁹, ou encore, de manière plus évidente au vu du grand nombre de décisions rendues sur ce fondement, du devoir de bonne foi⁹⁹⁰. Le *Projet TERRE* disposait ainsi sous l'égide du devoir de bonne foi qu'« une partie ne peut agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs sur la foi desquels son cocontractant s'est légitimement fondé »⁹⁹¹ ; idée que l'on retrouve par ailleurs dans les *Principes UNIDROIT*, qui disposent qu'« une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage »⁹⁹². Cette disposition, directement rattachée au principe de bonne foi contenu à l'article précédent (article 1.7) « impose à une partie de ne pas occasionner un désavantage à l'autre partie en agissant en contradiction avec une attente concernant leurs relations contractuelles qu'elle a suscitée chez l'autre partie, et sur la base de laquelle celle-ci a, en conséquence, agi raisonnablement »⁹⁹³. On trouve des dispositions similaires au sein du *Projet de Cadre commun de référence*, dont l'article 2 :202 dispose que

⁹⁸⁶ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n°55.

⁹⁸⁷ *Idem*, p. 61 : « la cohérence instantanée du droit a pour écho un futur prévisible ».

⁹⁸⁸ *Idem*, n°645.

⁹⁸⁹ H. MUIR WATT, « Rapport de synthèse », *in. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, s. la dir. de M. BEHAR-TOUCHAIS, *Economica*, 2001, p. 178 ; D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'Estoppel », *RIDC* 2006.363.

⁹⁹⁰ V. not. l'abondante jurisprudence concernant la rupture brutale des négociations précontractuelles, ou de relation commerciales établies. M. le professeur MAZEAUD semble pour part tenir pour une vision plus tempérée, même s'il voit dans le devoir de cohérence un « prolongement, dans une certaine mesure du moins, de l'exigence de bonne foi » (*in. « Le nouvel ordre contractuel », RIDC* 2003.295, n°30 et s.).

⁹⁹¹ Article 6 du *Projet TERRE*.

⁹⁹² Article 1.8 UNIDROIT.

⁹⁹³ Commentaire de l'article 1.8. V. aussi le commentaire de l'article 1.7.

la révocation de l'offre est sans effet « si son destinataire était raisonnablement fondé à la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence ».

Quoi qu'il en soit, il semble indéniable que la bonne foi ou la loyauté oblige les contractants à adopter « un comportement unifié sur lequel autrui puisse fonder ses prévisions »⁹⁹⁴.

La consécration en tant que tel du devoir de cohérence semble néanmoins pouvoir se recommander d'une jurisprudence récente qui, par le biais d'une reprise de la règle de l'*Estoppel*⁹⁹⁵, a donné une certaine visibilité à l'interdiction générale de se contredire au détriment d'autrui⁹⁹⁶. Certains arrêts ont ainsi été particulièrement remarquables, en raison de la référence explicite qu'ils faisaient à l'*Estoppel*, afin de sanctionner le comportement procédural de certains justiciables⁹⁹⁷. Un arrêt rendu par la chambre commerciale le 20 septembre 2011 doit être relevé, qui a consacré explicitement le principe de cohérence à travers un visa dénué d'ambiguïté⁹⁹⁸. Un commentateur soulignait néanmoins que ce principe se trouvait depuis longtemps en germe dans la jurisprudence⁹⁹⁹, et nonobstant les circonstances particulières de l'affaire dans laquelle intervenait cette décision (il s'agissait d'une question de procédure), estimait que le principe ainsi dégagé avait vocation à étendre son emprise aux comportements contractuels proprement dits¹⁰⁰⁰.

§2 : La neutralisation du risque

247. Faveur pour la prévision déjouée par un comportement contradictoire – Parallèlement à la mise en place d'une régulation positive des comportements au sein du contrat, il est possible de relever l'émergence d'une sanction *a posteriori* consistant à neutraliser l'effet néfaste de ceux-ci sur la situation du cocontractant qui les subit. La considération, en quelque sorte passive, des mécanismes précédemment évoqués, conduit en effet à prendre en compte *l'effet du comportement sur autrui*, sur sa volonté, son consentement, ou même les seules

⁹⁹⁴ L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *L'obligation, ADP*, t.44, 2000, p. 204.

⁹⁹⁵ L'*Estoppel* est « l'interdiction faite à une personne qui, par son comportement ou ses déclarations, c'est-à-dire par la « représentation » qu'elle a pu donner d'une situation donnée, a conduit une autre personne à modifier sa position, d'établir en justice un fait contraire à cette « représentation » initiale (E. GAILLARD, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. arb.* 1985, p. 241, spéc. n° 6. V. not. : B. FAUVARQUE-COSSON, « L'estoppel du droit anglais », in. M. BEHAR-TOUCHAIS (s. la dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001, p. 3 ; H. MUIR WATT, « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in. *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303.

⁹⁹⁶ B. FAGES, *op. cit.*, n°643.

⁹⁹⁷ Ass. plén. 27 février 2009, n°07-19841, Bull. Ass. plén., n°1 ; Civ.1, 3 février 2010, n°08-21288, Bull. civ. I, n°25.

⁹⁹⁸ Com. 20 septembre 2011, n°10-22888, Bull. IV, n° 132 : *JCP G* 2011.1250, note D. HOUTCIEFF.

⁹⁹⁹ V. D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP G* 2011.1250, spéc. p. 2246.

¹⁰⁰⁰ *Idem*, p. 2248.

espérances qu'il avait pu concevoir sur la foi de ce qui lui était donné à voir. C'est ainsi qu'ont émergé en doctrine et en jurisprudence un certain nombre de notions et de théories, visant à prendre en compte cette réalité. Si le recours aux notions d'attentes légitimes¹⁰⁰¹, directement issue de la théorie de l'*Estoppel* anglo-saxon, ou d'espérances légitimes n'ont eu guère d'écho en droit français des contrats, le principe de confiance légitime suscite quant à lui un engouement grandissant, à tel point qu'on s'est interrogé sur l'opportunité d'y voir un nouveau fondement de la force obligatoire des contrats¹⁰⁰². De manière générale ces divers mécanismes peuvent être regroupés autour de l'idée qu'une partie qui aurait légitimement fondé ses prévisions quelles qu'elles soient sur le comportement de son cocontractant se verra protégée au cas où celui-ci adopterait par la suite un comportement contradictoire, c'est-à-dire au cas où se réaliserait un risque qui n'avait pu être prévu de revirement par rapport à la volonté manifestée et en considération de laquelle ont été élaborées les prévisions. Selon les mots d'un auteur, le « principe de confiance légitime entend donc lier ensemble l'attitude de celui qui délivre un « signal » de confiance légitimement compréhensible comme tel (une invitation à agir en fonction du message émis qui fait croire ou laisse croire quelque chose), et l'acte de foi [...] du récipiendaire »¹⁰⁰³. L'on voit ici que l'attitude est considérée comme un *signe* à partir duquel l'autre partie va légitimement fonder un certain nombre d'anticipations. Afin de « lier » les deux, le principe de confiance légitime va donc nécessairement conduire à rechercher ce qui était prévisible au vu du signe donné, et donc, incline à réguler en amont les comportements de façon à ce que les parties agissent de façon cohérente, c'est-à-dire en se gardant de tromper les prévisions suscitées.

248. *Emergence d'un principe de confiance légitime en droit des contrats* – Les manifestations du principe de confiance légitime en droit des contrats sont nombreuses. Un auteur a pu distinguer des manifestations directes et indirectes s'étendant à l'ensemble du processus contractuel¹⁰⁰⁴. Indirectement d'abord, on relève une police des clauses consistant à « éradiquer certaines clauses qui affectent le contrat en permettant à un contractant, soit de se soustraire purement et simplement à ses engagements, soit de neutraliser les conséquences d'une inexécution qui lui serait imputable en éludant toute sanction ou en fixant un plafond de

¹⁰⁰¹ V. not. : J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime. Une nouvelle source de droit subjectif ? », in. *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 171.

¹⁰⁰² H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat ? », in. *Actes du colloque organisé le 22 juin 2007 par le laboratoire DANTE de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*, Dalloz, 2008, p. 117 et s.

¹⁰⁰³ T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance » (in. *Les principes directeurs du droit des contrats – Journées franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT*, Bologne, 19 et 20 octobre 2012), *RDC* 2012.336.

¹⁰⁰⁴ H. KENFACK, préc., p. 120.

réparation dérisoire »¹⁰⁰⁵. L'article 7.1.6 des *Principes UNIDROIT* interdit ainsi à une partie de se prévaloir « d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire ».

Directement, il s'agit ensuite d'imposer, au nom de la protection de la confiance légitime suscitée chez autrui, un comportement cohérent, qui ne surprenne pas ce qui avait été légitimement anticipé sur la base du signe perçu de la volonté. Dans les deux cas, il convient de noter que l'effet du principe est identique : il consiste à assurer une cohérence entre ce qui est cru et ce qui est, entre le signe et le signifié, de façon à écarter tout risque imprévisible de remise en cause de ce qui avait été anticipé.

249. Une régulation des comportements fondée sur les prévisions – Les deux manifestations ainsi décrites permettent de situer le principe de confiance légitime à mi-chemin entre des mécanismes juridiques proprement incitatifs qui visent par essence à instaurer une régulation des comportements contractuels tels que le devoir de loyauté ou de cohérence précédemment décrit, et des notions ayant une vocation plus « passive » telles que la recherche des attentes ou des espérances légitimes, qui procèdent d'une démarche plus axée sur la subjectivité de la partie dont les prévisions se trouvent déjouées. Le principe de confiance légitime a ceci de remarquable qu'il permet tout à la fois de réguler les comportements et de protéger les anticipations légitimes des parties. Les deux aspects apparaissent alors comme étant intimement liés, puisque l'assise de la régulation du comportement va être trouvée dans ce qui a été « reçu » de ce comportement par l'autre partie. Dès lors qu'il s'inscrit à la fois dans l'idée de signification et de mutation, il apparaît nécessairement que la régulation imposée par la considération de la confiance légitime n'est rien d'autre que celle d'un comportement prévisible, dont la cohérence temporelle sera appréciée par rapport aux attentes qu'il a pu susciter.

250. Le principe de confiance légitime dans la phase précontractuelle – La régulation par la jurisprudence de la période précontractuelle est significative du mouvement décrit car, en l'absence de fondement textuel dédié, c'est au juge qu'est revenue la tâche de donner une efficacité juridique au concept de confiance légitime. La régulation procède donc d'une

¹⁰⁰⁵ *Idem, ibid.*

notion souple, visant non point à assurer une connaissance certaine de l'avenir, ce qui reviendrait à porter atteinte au principe de liberté contractuelle, mais à concilier les anticipations légitimes¹⁰⁰⁶ de l'un avec la liberté non moins légitime de l'autre¹⁰⁰⁷. Le principe de confiance légitime vient donc « tempérer le principe de liberté précontractuelle qui domine les pourparlers, et d'après lequel la rupture d'une négociation ne peut être source de responsabilité pour celui des négociateurs qui en prend l'initiative »¹⁰⁰⁸. Il ne saurait être question en effet de nier le caractère toujours incertain de la conclusion du contrat, ce qui relèverait d'une recherche outrancière de sécurité au détriment de la liberté qui demeure de principe : l'intérêt des négociations n'est-il pas aussi de se rendre compte parfois de l'impossibilité ou de l'inopportunité de conclure l'accord initialement envisagé ?¹⁰⁰⁹ Le principe de confiance légitime, à ce stade de la relation, postule seulement une certaine cohérence du comportement, dont un auteur a pu dire qu'elle « a pour écho un futur prévisible »¹⁰¹⁰, sans que l'on puisse y voir une « exigence absolue du droit, en sorte qu'une ligne de conduite étant choisie, il serait impossible d'en changer », que définissait un auteur¹⁰¹¹. Le principe de confiance légitime s'inscrit donc tout à la fois dans une idée de régulation des comportements et dans celle de mutation, ou de variation toujours possible de la volonté, et permet de dépasser le champ parfois conceptuellement exigü de la bonne foi. En effet, certains contractants pourront avoir été de bonne foi *stricto sensu* dans la mesure où leur comportement, tout au long de la négociation, était un signe conforme à leur volonté *actuelle*. La concordance ponctuelle et instantanée entre ce qui est voulu, et ce qui est donné à voir de cette volonté au partenaire pourrait suffire à valoir exonération, en l'absence d'élément intentionnel de « tromper ». Ainsi de négociations engagées entre une entreprise pétrolière et une société spécialisée dans la dépollution, la première encourageant la seconde « à développer considérablement sa production, ses investissements et stocks d'articles destinés à

¹⁰⁰⁶ Sur le caractère légitime de la confiance, cf. Chapitre II.

¹⁰⁰⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M.LAITHIER, *op. cit.*, p. 75.

¹⁰⁰⁸ H. KENFACK, *préc.*, p. 122. V. aussi : D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », dans *L'avenir du droit: Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s : « Certes, au stade de la négociation du lien contractuel, priorité est laissée à la liberté de ne pas contracter, mais on sait que cette liberté est désormais canalisée dans un souci de loyauté et de sécurité. Ainsi [...] lorsque l'intention de contracter s'est concrétisée par une apparence de volonté ferme de conclure, la rupture soudaine des discussions est susceptible d'engager la responsabilité du négociateur inconstant ».

¹⁰⁰⁹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M.LAITHIER, *op. cit.*, p. 75 : « la rupture libre des négociations, enfin, est la clef de voûte de la période précontractuelle : les personnes en négociation ne sont pas condamnées à s'entendre sous prétexte qu'elles ont pris langue. La liberté de s'engager n'aurait aucun sens sans la liberté de ne pas s'engager. Ceci signifie en pratique que chacun peut souverainement rompre les négociations quand il le souhaite et qu'il n'est pas tenu de parvenir à un accord ».

¹⁰¹⁰ D. HOUTCIEFF, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR WATT, Aix-Marseille, PUAM, 2001, n°49.

¹⁰¹¹ B. CELICE, *op. cit.*, n°174.

lutter contre la pollution, entretenant sa confiance par l'énoncé et le rappel de perspectives communes ambitieuses, par des commandes et des avances de fonds importantes, puis, à l'occasion d'un changement de politique commerciale, a cherché à se décharger, sans réel scrupule, des risques d'investissement en matière de lutte contre les marées noires par leur transfert sur son fournisseur... »¹⁰¹². La recherche d'une incohérence instantanée entre la volonté réelle et la volonté signifiée conduit ici dans une impasse : il est permis de penser que la société n'a pas été incohérente, pour peu qu'on s'accorde à lui reconnaître l'honnêteté d'avoir réellement voulu conclure le contrat lorsqu'elle avait entamé les négociations, ce que semblait du moins indiquer son comportement, puis d'avoir *ensuite* changé d'avis, sans pour autant que son comportement laissât penser le contraire.

251. La prévisibilité des comportements au cœur du principe de confiance légitime – Le principe de confiance légitime permet au contraire une régulation des comportements dans le respect d'une évolution toujours possible de la volonté réelle du contractant, mais à la condition que le comportement permette *d'anticiper le risque* que représente la remise en cause ultérieure de ce qui avait été anticipé, c'est-à-dire qu'il le rende prévisible – ou plus exactement : que le risque une fois réalisé n'apparaisse pas comme ayant été imprévisible eu égard au comportement antérieur du contractant concerné. Ainsi, dans l'affaire évoquée, y avait-il bien une incohérence manifeste entre le comportement *adopté pendant trois ans* (les pourparlers avaient duré de 1990 à 1993) sur lequel le partenaire avait fondé sa confiance (qui plus est sciemment entretenue par l'autre), et le brusque revirement qui est sanctionné. Ce qui est reproché ici c'est le fait « qu'autrui ait pu croire en un comportement futur fonction de l'attitude présente »¹⁰¹³, croyance légitime, encouragée même, mais finalement trompée par le subit revirement du partenaire. Or comme que le souligne un auteur, « [...] le principe de confiance légitime s'attache, dans une relation contractuelle ou "péri-contractuelle" à protéger celui qui s'est fié à un autre, à ce qu'il a dit ou fait et qui, s'étant ainsi remis à lui, a mis ses pas dans les siens, a pris de nouvelles décisions, modifié son comportement, dans la croyance que cette autre personne demeurerait constante dans son attitude première »¹⁰¹⁴. Le comportement d'autrui étant le vecteur permettant de parvenir à la connaissance de sa volonté, un comportement unifié pourra donc être *perçu* de façon légitime comme le signe d'une volonté ferme orientée en l'occurrence vers la conclusion du contrat. Qu'une distorsion

¹⁰¹² Com. 15 octobre 2002 (n°00-13738), *RTDCiv.* 2003.282, obs. J. MESTRE & B. FAGES.

¹⁰¹³ D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n°58.

¹⁰¹⁴ T. GENICON, *préc.*, n°2.

surviene alors même que l'on croyait légitimement la volonté d'autrui assurée en raison de la stabilité apparente du comportement, et l'imprévisibilité de cet événement sera d'autant plus préjudiciable que la confiance du partenaire était forte dans la volonté d'autrui de parvenir à la conclusion du contrat perçue à partir de l'extériorisation qu'en fait le comportement. La prévisibilité s'inscrit dès lors dans la stabilité apparente du comportement, révélateur de la volonté imperceptible en soi, comme l'élément central de la confiance. Si la cohérence du comportement sera recherchée, ce n'est point tant comme une correspondance continue entre la volonté réelle et la volonté signifiée, mais *à travers l'apparence qu'elle a pu créer*, sur laquelle s'est fondée la croyance raisonnable dans l'absence de risque : « lorsque la négociation, en raison de son état d'avancement, a créé *une apparence* de volonté ferme et définitive de conclure le contrat négocié dans l'esprit des négociateurs, sa rupture subite et brutale est [...] source de responsabilité extracontractuelle pour celui à qui elle est imputable. »¹⁰¹⁵.

252. Insuffisance conceptuelle du principe de confiance légitime – Le principe de confiance légitime apparaît donc comme un élément de promotion d'une cohérence comportementale en lien avec la considération des attentes qui ont pu naître chez le cocontractant à partir de la considération du comportement comme signe de la présence ou d'une absence de risque. Il apparaît néanmoins grevé d'un vice originel tenant à sa trop grande indétermination couplée à une subjectivité parfois difficile à manier. Un exemple peut être tiré de l'hypothèse de l'*imprévision* (article 1195 du Code civil). En se cantonnant à une simple réflexion théorique, il semble bien difficile de positionner le principe de confiance légitime face à cette question particulièrement actuelle du droit des contrats. Les termes en sont bien connus : d'un côté la force obligatoire des conventions qui interdit en théorie de défaire unilatéralement, ou même de s'abstenir d'exécuter, le lien d'obligation tissé une fois pour toutes par le concours des volontés initiatrices du contrat ; de l'autre, la difficulté accrue d'une exécution rendue dommageable pour l'une des parties en raison de circonstances nouvelles, qui n'avaient pas été prévues au moment de la conclusion du contrat, et indépendante de la volonté des parties. La question est classique depuis 1876¹⁰¹⁶ : l'une des parties peut-elle refuser de s'exécuter,

¹⁰¹⁵ D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003 295, n°10.

¹⁰¹⁶ Cass. civ., 6 mars 1876 (*Canal de Craponne*) : D.1876.1.193 ; S.1876.1.161 ; *G.A.J.C.*, n°165. M. le Professeur ANCEL relève cependant qu'on a sans doute surévalué *a posteriori* l'impact de cette décision : « la décision n'a pas eu sur le moment beaucoup de répercussions, et elle n'a acquis que beaucoup plus tard la célébrité qu'elle a aujourd'hui. En réalité, le principe du refus de l'imprévision s'est formé de manière progressive, et le véritable tournant en la matière date plutôt de l'époque de la première guerre mondiale, période à laquelle les débats modernes sur l'imprévision se sont vraiment cristallisés et où la solution jurisprudentielle

voire même demander au juge d’opérer une révision du contrat, alors même que le cocontractant ne le souhaiterait pas ? L’invocation du principe de confiance légitime en de telles circonstances apparaît stérile, tant il semble en mesure de justifier chacun des deux points de vue pourtant contradictoires. D’une part, à l’appui du refus de la révision, il est possible d’avancer la confiance légitimement fondée du contractant dont la situation n’est pas affectée par le changement de circonstances dans la force obligatoire du contrat. A ses yeux, la force obligatoire qui assortit la convention conclue semble constituer un élément de certitude quant à l’exécution par le cocontractant de ses obligations, et admettre le contraire reviendrait à donner effet à un risque imprévisible, ce qu’interdit le principe de confiance légitime. D’autre part, le contractant qui subit le changement de circonstances ne serait-il pas lui aussi fondé à invoquer la confiance légitime dans la persistance de la situation qui prévalait lorsqu’il a conclu le contrat, dès lors qu’aucun risque prévisible de changement n’était à l’époque perceptible ?...

Le problème que pose le principe de confiance légitime réside en réalité dans sa trop grande subjectivité : en situant le questionnement dans le seul champ de la psychologie des parties, le risque est grand dans un tel cas de ne point parvenir à départager les légitimités dont chacun se prévaut.

253. Conclusion de la sous-section 2 relative à la prévisibilité du risque endogène – A l’égard du risque interne, le droit positif offre de nombreux exemples de techniques visant à réguler le comportement des parties. Ces mécanismes, plus ou moins classiques, semblent connaître une évolution positive dans le droit contemporain. La réforme de 2016 apparaît de ce point de vue comme une étape importante : en consacrant l’extension – déjà réalisée de longue date par la jurisprudence – du devoir de bonne foi à l’ensemble de la vie du contrat, et en plaçant cette disposition, si ce n’est formellement au rang de principe général ou directeur de la matière, du moins dans les dispositions liminaires du nouveau droit des contrats, l’ordonnance du 10 février 2016 a érigé de fait la prévisibilité en exigence de droit positif. La

s’est définitivement fixée » (« Imprévision », in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, mai 2017, n° 13 et s.). Le principe est demeuré, malgré quelques évolutions fondées notamment sur l’exigence de bonne foi dans l’exécution du contrat qui exigerait la prise en compte des difficultés liées à un bouleversement économique : V. not. Com. 3 novembre 1992, *Société française des pétroles BP c/ Michel Huard* (n° 90-18547), Bull. civ. IV, n°338 : *RTDCiv.* 1993.124, obs. J. MESTRE ; *Defrénois* 1993, article35663, n°131, obs. J-L AUBERT ; et Com. 24 novembre 1998 (n° 96-18357), Bull. civ. IV, n°277 : *RTDCiv.* 1999.98, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *JCP* 1999.I.143, n°5, obs. C. JAMIN ; *idem*, II.10210, note Y. PICOD. Pour une analyse critique de ces évolutions jurisprudentielles, qui ne remettraient pas véritablement en cause le principe : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 423 et s. L’ordonnance du 10 février 2016 a désormais clôt le débat en consacrant la théorie de l’imprévision à l’article 1195 du Code civil.

confrontation lapidaire du principe de liberté contractuelle avec la bonne foi à l'article 1112 du Code civil, conduit également à renforcer la place de la notion de prévisibilité dans l'appréciation de la licéité des comportements, et ouvre à une réflexion sur la cohérence des comportements attendue des parties au contrat. Cependant, là encore, il est possible de regretter d'une part la dispersion, et d'autre part la sectorisation, des mécanismes évoqués, *dans la mesure où tous apparaissent justifiés par une seule et même fin qui est la régulation de l'imprévisibilité contractuelle.*

254. Conclusion de la section 2 relative à un facteur d'harmonisation technique – Au-delà des différences qui les distinguent, l'ensemble des mécanismes évoqués entretiennent de nombreux éléments de convergences, tout en se distinguant sur des points qui apparaissent finalement très accessoires. Tous ont en commun d'abord un certain nombre de caractéristiques : leur *effet* directement ou indirectement régulateur de la liberté humaine (que ce soit celle des parties au contrat, des tiers, ou de manière plus abstraite, celle du législateur ou du juge) dans le sens d'une prévisibilité de ses manifestations ; leur *fin* qui est la protection de ce qui avait pu être anticipé comme prévisible au vu des signes que pouvaient prendre en considération les parties au contrat au moment où elles ont déterminé leur volonté ; et leur *relative souplesse* tenant à l'œuvre essentiellement jurisprudentielle par laquelle le standard sur lequel ils reposent se trouve doté d'un contenu normatif. Dès lors qu'elle se situe comme un élément structurant commun, la prévisibilité apparaît donc comme un facteur d'harmonisation technique, et l'on peut se demander s'il ne serait pas dès lors opportun, en renversant la perspective, de faire non plus de la prévisibilité une composante de ces techniques, mais de chacune d'entre elles une mise en œuvre d'un seul et même principe de prévisibilité ?..

255. Conclusion du chapitre 1 relatif à un principe dissimulé – La régulation du risque dans le droit des contrats apparaît de prime abord sous des jours très divers. Cette diversité et la pertinence de leur distinction sur un plan conceptuel, est souvent justifiée par la considération du destinataire de la norme qu'ils portent, et par le biais plus ou moins actif que prend cette régulation, idée dont on trouve une manifestation dans la typologie à travers laquelle est classiquement appréhendée la notion de sécurité juridique. Pourtant, sur le plan théorique, *les éléments d'homogénéité semblent l'emporter largement sur une hétérogénéité qui apparaît finalement très artificielle* : tous entendent en effet répondre au risque que représente l'inscription du contrat dans le temps, support d'indéterminations nuisibles à l'entreprise de

prévision qui en est la substance. Or le risque *est un concept unitaire*, même s'il se distingue éventuellement quant à ses sources. Il s'en suit que sa régulation n'appelle elle-même aucune véritable distinction, si ce n'est celle rendue nécessaire par l'efficience du droit en raison des limites tenant à sa nature propre : qu'elle vise à permettre un environnement certain ou se satisfasse d'incertitudes irréductibles, *la régulation du risque vise toujours à garantir aux parties un environnement prévisible.*

Il nous semble donc que l'ensemble des normes qui concourent à la régulation du risque, jusque-là éclatées en principes et mécanismes divers et variés, peuvent se retrouver, s'épanouir, et prospérer autour d'une idée qui leur est commune : cette exigence de prévisibilité par laquelle est assurée la protection des situations juridiques, que tous tendent à promouvoir, *et qui en constitue finalement l'essence profonde...*

Chapitre 2 :

Un principe en devenir

256. La question de la place de la prévisibilité dans la hiérarchie des normes – L'exigence de prévisibilité apparaît avoir une place prépondérante au sein de l'ensemble des mécanismes de régulation des risques : elle en est *un élément structurant, permettant de conclure à l'homogénéité de ces diverses manifestations normatives*. Pourtant, dans le même temps, la notion de prévisibilité apparaît comme *hétéronome* : composante, certes essentielle, de ces mécanismes, elle tire de leur normativité sa propre effectivité, sans pouvoir prétendre à une application autonome. Ce paradoxe doit donc conduire à s'interroger sur la place que pourrait prendre la prévisibilité contractuelle dans la hiérarchie des normes contractuelles, en considération tant de l'évolution du droit positif *de lege lata*, que d'opportunité *de lege feranda*.

Un auteur remarquait en effet que « les normes qui régissent une société doivent, pour constituer un système cohérent, être organisées entre elles, selon un ordre déterminé qui assigne à chacun sa place parmi les autres. Il semble malgré la diversité de structure des différents systèmes de droit, *qu'il y ait toujours une hiérarchie entre les différentes règles qu'ils comportent* »¹⁰¹⁷. Il y aurait alors des normes de degrés différents : « *le droit se forme à des niveaux différents de généralité et d'abstraction*. A côté des règles qui naissent directement sur les domaines qu'elles se proposent de régir, il en existe d'autres, à vocation plus ou moins générale, dont l'autorité n'est pas circonscrite à une matière ou à une fonction particulière. Elles se composent notamment d'un certain nombre de dispositions du code civil et surtout des principes généraux du droit »¹⁰¹⁸.

257. La prévisibilité : un principe général du droit des contrats ? – Au vu des diverses observations menées précédemment, il paraît légitime désormais de s'interroger sur la

¹⁰¹⁷ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°70. Nous soulignons.

¹⁰¹⁸ F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTDCiv.*1993.59, n°9. Nous soulignons.

qualification possible de l'exigence de prévisibilité, qu'induit nécessairement le constat du caractère transcendant de son insertion dans la hiérarchie des normes... Nous pensons ainsi qu'il n'est pas irréaliste de voir dans l'exigence de prévisibilité contractuelle un objectif *qui va guider et orienter l'ensemble de la régulation applicable au phénomène contractuel dans ses rapports avec la temporalité dans laquelle il est appelé à s'insérer*. Encore faut-il alors observer l'aptitude de la notion de prévisibilité telle qu'elle apparaît dans ses manifestations positives à s'insérer dans une qualification préexistante de norme à vocation générale (principe général, directeur, etc.), de façon à subjuguier par là-même d'autres principes de valeur subordonnée (sécurité juridique¹⁰¹⁹, la bonne foi¹⁰²⁰, etc.) dont elle apparaît pour l'instant n'être qu'une des composantes.

Quoi qu'il en soit, il semble alors nécessaire que la notion de prévisibilité, pour accéder à une telle qualification, s'émancipe d'abord de ces actuelles matrices. Or force est de constater que *ni la loi, ni la jurisprudence, n'ont pour l'instant procédé à une telle émancipation*. La prévisibilité contractuelle demeure à ce jour une exigence privée d'autonomie, *alors même qu'elle semble présenter les caractères nécessaires pour prétendre à la qualification de principe du droit des contrats*.

258. Annonce du plan – La persistance actuelle d'une hétéronomie de la notion de prévisibilité dans le droit positif (**section 1**) ne semble donc pas affaire obstacle à l'examen d'une intégration autonome dans l'ordre juridique, qui semble tout à la fois possible et souhaitable (**section 2**).

Section 1 : Une hétéronomie persistante

259. Introduction – La prévisibilité apparaît comme une *exigence* transversale du droit des contrats. Mais son émancipation des mécanismes juridiques qui en sont jusqu'à présent le support se trouve conditionnée par son aptitude à porter par elle-même un énoncé normatif, ce qui rend nécessaire d'observer les modalités de son insertion dans le système juridique. C'est donc en direction des éléments *formels* d'identification des normes juridiques qu'il est

¹⁰¹⁹ Pour peu que l'on s'accorde à lui reconnaître, en droit privé, la nature de principe général, ce qui est parfois contesté : cf. T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, *Defrénois*, Lextenso éditions, 2009, p. 449 et s., spéc. n° 234, qui parle d'« impératif » !

¹⁰²⁰ V. not. : M-C PUJOL-REVERSAT, « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », RTDEur.2009.201.

nécessaire de porter l'analyse¹⁰²¹. Or, *de lege lata* force est de constater l'absence de toute consécration explicite de cette exigence comme une norme autonome, que ce soit par le législateur, ou par le juge (**sous-section 1**). Il semble pourtant possible d'identifier un certain nombre d'incitations à l'égard du droit français, venant d'instruments juridiques internationaux et européens, pour émanciper cette exigence en consacrant un véritable principe de prévisibilité en droit des contrats (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Une émancipation absente

260. Introduction – Le nouveau droit des contrats tel qu'il apparaît à l'issue de la réforme demeure silencieux sur la prévisibilité contractuelle. Certes, un certain nombre de mécanismes élaborés par la jurisprudence s'y trouvent consacrés, qui sont, en soi, porteurs de cette exigence, mais de consécration formelle d'un principe autonome en ce sens il n'y a point. En outre, l'ordonnance du 10 février 2016, dont on peut espérer qu'elle stabilisera le droit positif pour les décennies à venir (répondant par-là à l'exigence de...prévisibilité du droit !), *semble avoir sciemment refusé l'introduction de principes généraux formellement identifiés comme tels dans le droit des contrats*¹⁰²². La possibilité d'une consécration légale de la prévisibilité semble donc exclue. Quant à la jurisprudence, à qui l'on doit d'avoir donné à la prévisibilité une grande partie de son amplitude technique, il semble que si elle n'a certes jamais consacré de véritable principe de prévisibilité, il reste possible d'identifier une sorte de politique des « petits-pas » – pas nécessairement assumée ni toujours consciente d'ailleurs – conduisant, par l'extension toujours accrue des mécanismes sectoriels qui en sont la matrice, à faire apparaître progressivement la prévisibilité comme une notion *suffisamment transversale pour prétendre à la qualification de principe*.

261. Annonce du plan – Dès lors, si toute consécration légale d'un principe *autonome* de prévisibilité contractuelle semble exclue (§1), l'absence de consécration à ce jour par la jurisprudence doit être relativisée (§2)...

¹⁰²¹ Au sens de ROUBIER (*in. Théorie générale du droit*, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2e éd., 2005, p. 8 et s.

¹⁰²² Cf. *Rapport au Président de la République*.

§1 : L'exclusion d'une consécration légale

262. Introduction – Aucun principe de prévisibilité contractuelle n'existe en droit positif français : aucun texte, notamment, ne consacre en effet de façon formelle l'exigence de prévisibilité contractuelle en tant que telle. Le constat est implacable, mais doit néanmoins être nuancé quant à sa portée : cette absence de texte exclu-t-elle pour autant que l'on puisse reconnaître une quelconque positivité à la prévisibilité ?...rien n'est moins sûr. D'une part en effet on constate que l'ordonnance du 10 février 2016 a consacré un certain nombre de règles juridiques qu'avait élaborées la jurisprudence et qui apparaissent comme *des matrices de l'exigence de prévisibilité*. L'absence de consécration explicite évoquée doit donc s'entendre d'une absence de consécration autonome : la prévisibilité contractuelle demeure en effet, à l'issue de la réforme une notion hétéronome, mais elle se trouve néanmoins, sous cette forme, intégrée *partiellement* dans le Code au même rang que celui conféré aux normes qui la supportent (A).

D'autre part, sur le plan des sources formelles du droit ensuite, la prévisibilité contractuelle peut se recommander d'une assise comparable à celle que l'on reconnaît volontiers à certains principes juridiques d'évidence que le juge applique sans qu'ils trouvent dans la loi le fondement de leur juridicité : *l'édiction formelle de tels principes par la loi n'apparaît pas comme une condition de leur juridicité*. L'absence de consécration dans les textes de la prévisibilité comme principe autonome ne semble donc pas constituer un obstacle suffisant à la reconnaissance d'une juridicité propre de cette exigence (B).

A) Une intégration partielle

263. Le (faible) poids des mots... – La notion de prévisibilité contractuelle n'apparaît jamais en tant que telle dans les textes. Le mot lui-même est absent du Code civil : seul le terme « prévisible » apparaît à quatre reprises, qualifiant à chaque fois *l'état d'une situation* : soit qu'elle doive être prise en compte pour limiter la possibilité pour le curateur de vendre les immeubles en sus des meubles lors d'une succession (article 810-2), soit qu'elle doive faire l'objet d'une information adéquate par reddition de comptes du gérant de la société civile (article 1856) ou de l'indivision (article 1873-11). Le même sens se retrouve dans les dispositions du code de commerce qui font référence à cette notion. On trouve cependant parfois un sens plus incitatif que descriptif, à partir duquel il semble possible de remonter

depuis le texte *vers une exigence juridique de prévisibilité propre à tel ou tel mécanisme*. Ainsi de l'article 271 du Code civil qui dispose que le juge doit, pour déterminer le montant de la prestation compensatoire, prendre en compte « les besoins de l'époux à qui elle est versée et les ressources de l'autre en tenant compte de la situation au moment du divorce et de l'évolution de celle-ci dans un avenir prévisible ». A cette fin, dispose l'article suivant : « [...] les parties fournissent au juge une déclaration certifiant sur l'honneur l'exactitude de leurs ressources, revenus, patrimoine et conditions de vie ». La prévisibilité de l'évolution de la situation des époux passe ainsi nécessairement par la mise à disposition par eux d'informations relatives à leur situation actuelle, à partir desquelles il sera possible d'extrapoler, d'anticiper leurs ressources à venir. La même idée se retrouve évidemment derrière les dispositions légales relatives à la reddition des comptes par le gérant de la société civile (article 1856 du Code civil), ou de l'indivision (article 1873-11 du Code civil), ou, hors du Code civil cette fois, au rapport de gestion établi à chaque clôture d'exercice par le directoire ou les gérants des sociétés commerciales qui doit être remis aux commissaires aux comptes (articles L232-1 et L. 233-26 du code de commerce). Dans chacun des cas mentionnés, de la référence à telle ou telle situation « prévisible » s'infère la consécration par les textes d'une règle de prévisibilité propre à tel ou tel domaine, obligeant l'un à informer pour permettre à l'autre de mieux prévoir.

Rien en revanche ne se trouve en droit des contrats proprement dit. La seule référence faite à la notion apparaît, depuis la réforme de 2016, aux articles 1149 (lésion subie par le mineur contractant) et 1195 (changement de circonstances rendant l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour l'une des parties) du Code civil, qui font mention de l'*imprévisibilité* de l'événement. Mais de consécration d'une quelconque exigence de *prévisibilité*, il n'y a point, à l'exception évidemment de la règle classique de prévisibilité des dommages et intérêts fixés par l'article 1231-3, alors même que se trouve par exemple consacré en plusieurs endroits (articles 1104 et 1112) le devoir pour les parties de faire preuve de bonne foi, duquel s'infèrent un certain nombre d'obligations relatives à la prévisibilité de leur comportement... La *règle* sans le *principe* en quelque sorte, quoi qu'il n'y ait jamais d'effet sans cause.

264. Le bilan contrasté de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 – La réforme du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 apparaît cependant contrasté. Elle visait

notamment à intégrer dans le droit codifié l’acquis jurisprudentiel développé depuis 1804¹⁰²³. Nombre de solutions se trouvent ainsi consacrées dans les nouvelles dispositions, dont l’analyse fait apparaître une accélération du mouvement déjà constaté dans la jurisprudence antérieure, *du renforcement de l’exigence de prévisibilité*. Si celle-ci fait incontestablement son entrée dans le droit légiféré, elle ne se trouve donc pas consacrée en tant que telle mais à travers les mécanismes précédemment élaborés par la jurisprudence, soit à travers des manifestations sectorisées...

265. Consécration de la portée générale du principe de bonne foi – La bonne foi tout d’abord, que le *Rapport au Président de la République* place au premier rang des préoccupations qui ont guidé les rédacteurs du projet¹⁰²⁴ tout en affirmant solennellement sa nature de principe général du droit des contrats, se trouve consacrée comme élément structurant du droit des contrats, sans plus la cantonner à la seule phase d’exécution. L’article 1104 al.1 pose ainsi le principe que « les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi », et l’article 1112 alinéa1 en fait rappel dans l’énoncé des principes qui gouvernent spécifiquement la phase de négociation et de formation du contrat, en sorte de contreponds apporté au principe de liberté contractuelle. En considération du modèle comportemental ainsi posé, la notion de faute dans la négociation se trouve consacrée à l’alinéa 2, posant ainsi implicitement la sanction des comportements déloyaux, c’est-à-dire ceux qui viendraient surprendre de façon imprévisible la confiance du partenaire qui s’était fié aux comportements antérieurs, non plus à l’ombre du principe général de la responsabilité délictuelle¹⁰²⁵, mais comme conséquence directe d’une norme comportementale du droit des contrats.

266. Autonomisation du devoir d’information – De la même façon, l’article 1112-1 consacre désormais une obligation d’information autonome¹⁰²⁶, déliée de ses anciennes attaches au devoir de bonne foi. Le *Rapport* souligne sur ce point qu’« une telle obligation précontractuelle d’information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d’information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de

¹⁰²³ Cf. *Rapport au Président de la République relatif à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, JORF n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25.

¹⁰²⁴ Ceux-ci rappellent que le premier objectif fixé par la loi d’habilitation consiste à « affirmer les principes généraux du droit des contrats tels que la bonne foi et la liberté contractuelle ».

¹⁰²⁵ V. not. : Ph. LE TOURNEAU, « La rupture des négociations », *RTDCom.*1998.479.

¹⁰²⁶ Sur laquelle : C. GRIMALDI, « Quand une obligation d’information en cache une autre : inquiétudes à l’horizon... », *D.*2016.1009 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d’information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G*, 2016.1219.

la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le Code civil *de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi*, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général ». S'il ne saurait être question de tirer au-delà du raisonnable l'exégèse du texte afin de prendre au pied de la lettre l'expression de « principe essentiel » employée ici, du moins faut-il reconnaître que cette disposition intègre dans le droit positif un mécanisme qui trouve essentiellement sa justification dans l'exigence de prévisibilité contractuelle¹⁰²⁷. Le mécanisme prévu par l'article 1112-1 a légèrement varié depuis le projet de 2015 : l'expression « [...] *ou devrait connaître* » ne figure plus dans le texte qui vise désormais seulement « celle des parties *qui connaît* une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre [...] », ce qui semble limiter le recours à l'idée de prévisibilité pour instaurer un équilibre dans le mécanisme instauré entre obligation d'informer et de s'informer¹⁰²⁸. Pourtant, si « la suppression de la précision dans le texte définitif est sans aucun doute volontaire » afin de « rassurer » les acteurs juridiques et économiques¹⁰²⁹, « l'omission n'empêchera cependant pas les juges de continuer à appliquer la règle classique selon laquelle l'ignorance illégitime d'une information peut être assimilée à sa connaissance. Ils pourront ainsi toujours juger, par exemple, qu'un professionnel étant censé connaître les informations essentielles sur la chose qu'il vend est tenu, s'il ne les connaît pas, de s'informer pour informer »¹⁰³⁰. Le nouveau texte, malgré cette omission formelle, semble donc tenir le même équilibre que celui qui résultait jusqu'ici de la jurisprudence¹⁰³¹ reposant d'une part sur l'existence d'un risque prévisible par le débiteur de l'information le conduisant à livrer à l'autre ce qu'il sait, et d'une imprévisibilité de ce même risque pour le créancier, qui sinon aurait le devoir de s'informer par lui-même (le texte précise en effet que l'information est due « dès lors que, légitimement, [l'autre partie] ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant »¹⁰³²).

La consécration de la réticence dolosive à l'article 1137 se trouve en revanche désormais totalement déliée du constat de l'existence d'une obligation d'informer le « moins sachant » : seul est visé le caractère déterminant pour l'autre de ce qui a été tu. La prévisibilité, pour le contractant qui revendique le dol à son profit, du risque qui a résulté de l'ignorance de telle ou telle information n'entre donc plus en ligne de compte dès lors qu'est constaté le caractère

¹⁰²⁷ Cf. *supra* spéc. n°116 et s.

¹⁰²⁸ Cf. *supra* not. n°603.

¹⁰²⁹ M. FABRE-MAGNAN, préc., p. 1219.

¹⁰³⁰ *Idem, ibid.*

¹⁰³¹ Laquelle sanctionnait autant celui qui connaissait l'information (ex : Civ.1, 21 février 1995, n°92-18394), que celui qui, ne la connaissant pas, aurait dû la connaître pour en informer l'autre partie (ex : Civ.1, 1^{er} mars 2005, n°04-10063, Bull. civ. I, n°109 : *RDC* 2005.1051, obs. D. FENOUILLET).

¹⁰³² Article 1112-1 alinéa 1 du Code civil.

intentionnel de la dissimulation : peu importe qu'il ait pu ou non avoir connaissance par lui-même de ce risque. La reprise, à l'article 1139, de la jurisprudence controversée selon laquelle « l'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable » accentue le mouvement vers une déresponsabilisation des parties. De ce point de vue, l'obligation d'information perd la pondération qu'était susceptible de lui apporter le recours à la notion de prévisibilité du risque, et cette évolution est malheureuse car elle ramène finalement le devoir d'information sous le feu des critiques les plus virulentes qui avaient pu lui être faites au lieu de l'en éloigner en l'objectivant : soit un retour à la vision moraliste en quelque sorte...

267. Introduction de nouveaux mécanismes dédiés à la prévisibilité – La réforme a, en outre, été l'occasion d'introduire dans le Code civil certains mécanismes inédits qui renforcent la prise en compte de l'idée de prévisibilité dans le droit des contrats, sans là encore la consacrer formellement. L'action interrogatoire¹⁰³³ a ainsi vocation à lever les doutes pouvant peser sur la situation juridique considérée. En présence d'un pacte de préférence, l'article 1123 alinéa 3 dispose que « le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir ». De la même façon, « une partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion »¹⁰³⁴. Enfin, en matière de représentation, « le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte »¹⁰³⁵.

Le but de l'action interrogatoire ainsi instituée semble relativement différent de celui assigné à cette même procédure en droit des successions¹⁰³⁶. Dans ce dernier cas, il semble que l'effet premier de l'action est d'accélérer le règlement successoral¹⁰³⁷, en permettant aux personnes intéressées à la succession de sommer l'héritier successible qui demeurerait silencieux, bloquant ainsi le règlement de la succession, d'exercer son droit d'option sans attendre

¹⁰³³ Un tel mécanisme de mise en demeure existait déjà notamment en droit des sociétés (article 1844-12 du code civil) et en droit des successions (articles 771 et 772 du Code civil). A noter que ces actions étaient déjà présentes dans le Projet de 2015 : V. les commentaires de MM. les professeurs DISSAUX et JAMIN *in. Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015, spéc. p. 22.

¹⁰³⁴ Article 1183 alinéa 1 du Code civil.

¹⁰³⁵ Article 1158 du Code civil.

¹⁰³⁶ Articles 771 et 772 du Code civil.

¹⁰³⁷ Cf. V. EGEA, « Succession », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2011 (à jour : octobre 2015), n°104 et s., spéc. n°107.

l'expiration du délai décennal de prescription¹⁰³⁸. Pourtant, même dans ce cas, l'idée de réduction du risque que représente le droit d'option de l'héritier pour les cohéritiers ou autres créanciers de la succession est présente¹⁰³⁹ : « l'attente de l'exercice par un héritier de son droit d'option constitue une période juridiquement fragile ou, à tout le moins, incertaine »¹⁰⁴⁰. C'est bien cette idée en revanche qui justifie de façon essentielle l'introduction dans le droit des contrats d'une action interrogatoire dans les situations évoquées. A chaque fois en effet, on cherchera à éviter qu'une situation juridique se constitue (lorsqu'existe un pacte de préférence ou un mécanisme de représentation générateurs d'incertitude), ou perdure (lorsqu'existe une cause de nullité pouvant être invoquée par l'autre partie) tout en étant affectée d'un risque important d'anéantissement¹⁰⁴¹. L'idée maîtresse est alors de « purger les doutes »¹⁰⁴², « de faire cesser une situation d'incertitude »¹⁰⁴³, de « mettre fin aux situations juridiques ambiguës »¹⁰⁴⁴.

Un auteur, critique au demeurant sur l'introduction de ces mécanismes, a pu dire qu'« elles symbolisent à elles seules *un net recul du principe de la liberté d'agir au bénéfice du principe de la sécurité juridique* »¹⁰⁴⁵. Sur ce point, l'introduction de l'action interrogatoire apparaît comme une avancée indéniable, et peut-être la plus tangible, de l'exigence de prévisibilité contractuelle : l'incertitude pesant sur la situation juridique se trouve enfermée dans une durée au-delà de laquelle le risque n'existera plus : « délai raisonnable » des articles 1123 et 1158, délai de six mois de l'article 1183¹⁰⁴⁶. Chacune de ces dispositions se trouve en effet complétée par une mesure visant à éliminer purement et simplement la source de l'imprévisibilité néfaste : ainsi, le bénéficiaire du pacte de préférence sommé de se positionner « ne pourra solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat »¹⁰⁴⁷, à défaut de réponse du représenté, « le représentant est réputé à conclure [l']

¹⁰³⁸ Article 780 alinéa 1 du Code civil. A noter que ce délai a été raccourci par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, puisqu'il était auparavant de trente ans !

¹⁰³⁹ Elle l'est également, de façon beaucoup plus visible, dans le mécanisme prévu à l'article 1844-12 du Code civil, qui vise à purger le risque résultant d'un vice du consentement ou de l'incapacité d'un associé, susceptible d'invalidier un pacte social ou une délibération, en le mettant en demeure soit de régulariser, soit de poursuivre la nullité dans les six mois.

¹⁰⁴⁰ V. EGEA, préc., n°104.

¹⁰⁴¹ M. DE FONTMICHEL, « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.*2016.1665, spéc. p. 1669.

¹⁰⁴² Cf. *Rapport* sous l'article 1158.

¹⁰⁴³ Cf. *Rapport* sous l'article 1123.

¹⁰⁴⁴ *Idem, ibid.*

¹⁰⁴⁵ M. DE FONTMICHEL, préc., p. 1665. Nous soulignons.

¹⁰⁴⁶ V. néanmoins *infra* (n°427 et s.) pour les critiques que peuvent susciter l'indétermination du délai d'une part, et le principe même de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence.

¹⁰⁴⁷ Article 1123 alinéa 4.

acte »¹⁰⁴⁸, et à défaut d'exercice de l'action en nullité par celui qui pouvait s'en prévaloir dans un délai de six mois à compter de la sommation, il sera forclos et le contrat confirmé¹⁰⁴⁹.

268. Une notion encore subordonnée – L'intégration de la prévisibilité dans le droit légiféré à l'issue de la réforme apparaît donc partielle : force est de constater que le droit légiféré n'a pas intégré la prévisibilité en tant que telle comme norme autonome, déliée de ses anciennes attaches à l'égard des mécanismes qui en sont traditionnellement le support. Il semble néanmoins que cela ne soit pas un obstacle à la reconnaissance de l'effectivité juridique de cette notion : l'édiction formelle par la loi n'est pas en effet une condition de la juridicité, ni même de la nature principielle d'une norme.

B) Une intégration indifférente

269. Importance théorique de l'édiction formelle de la règle – L'une des façons de définir la règle de droit consiste à se référer à *la source d'où la norme procède*. La règle de droit, enseigne un auteur, « est le produit de la vie sociale, mais elle est aussi créée par une volonté sans laquelle elle ne serait que virtuelle et sans effet. Elle procède d'actes individuels ou s'y applique, mais ne peut s'imposer communément que parce qu'elle est reconnue ou imposée par une autorité sociale »¹⁰⁵⁰. Cette reconnaissance et cette imposition, dans la tradition juridique française, ne peuvent normalement résulter *in fine* que de la loi, seule source formelle du droit en vertu du principe posé à l'article 5 du Code civil qui relègue selon certains la jurisprudence au rang de simple autorité du droit¹⁰⁵¹. De ce point de vue, les sources formelles du droit peuvent en outre être ordonnées sur un plan théorique entre des sources primaires et des sources déléguées, au sens où KELSEN hiérarchise les organes de production du droit par des rapports de validation successive. Ainsi, les contractants créent du droit (les obligations qu'ils élaborent et auxquelles ils consentent librement), dans la seule mesure où le législateur leur donne ce pouvoir, celui-ci tenant lui-même son pouvoir de la

¹⁰⁴⁸ Article 1158 alinéa 2.

¹⁰⁴⁹ Article 1183 alinéa 2.

¹⁰⁵⁰ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°13, p. 20. Nous soulignons.

¹⁰⁵¹ CARBONNIER enseignait en effet (mais cette analyse n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine, loin s'en faut. V. not. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *droit*, qui définit le droit comme « l'ensemble des règles socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société ») que « les préceptes de conduite extérieure proposés à l'homme doivent, pour s'imposer à lui sous la pression de la contrainte sociale, c'est-à-dire pour prendre le caractère contraignant, obligatoire, qui est propre à la règle de droit, emprunter certaines formes (ce qu'on appelle les sources formelles des règles de droit). On en distingue deux : la loi et la coutume » (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. *Quadrages*, 1^{ère} éd., 2004, p. 13).

norme suprême établie par le constituant. Pour autant, le postulat libéral d'autonomie de la volonté peut être récusé : les contractants n'ont en effet, à travers l'article 1103 du Code civil qu'un pouvoir délégué de créer les normes juridiques qu'ils s'appliquent à eux-mêmes par le mécanisme contractuel. La liberté contractuelle que consacre l'article 1102 ne joue en effet *que dans les limites tracées par l'ordre public*. Comme le disait CARBONNIER : « les actes juridiques n'agissent sur le monde extérieur que par le bras de la loi (le bras de l'a. 1134) »¹⁰⁵².

L'une des conditions de la juridicité résiderait donc dans l'édiction de la règle par un organe approprié et autorisé, ce qui la distinguerait notamment des autres règles appelées à jouer dans l'espace social telle que celles touchant à la morale, ou les simples « règles » de courtoisie. Ainsi, pour KELSEN, la validation des normes – c'est-à-dire leur insertion dans la hiérarchie des règles juridiques – passe nécessairement par la considération de l'organe qui les produit, et qui se trouve habilité, selon certaines modalités à produire telle ou telle norme par l'organe supérieur : ainsi de l'autorité réglementaire qui se trouve soumise au législateur, lui-même soumis à la norme édictée par le constituant. De fait, il apparaît que les règles juridiques appelées à régir la société doivent résulter en théorie d'un processus d'édiction par le législateur.

270. Le droit hors de la loi – Mais si la tradition française identifie souvent le droit à la règle légale, une telle vision legaliste ou formaliste apparaît néanmoins trompeuse : la subsistance de la coutume¹⁰⁵³ et la possibilité d'un maintien de la norme coutumière sinon *contra legem*, du moins *praeter legem*, sans que jamais une telle norme n'ait bénéficié d'une insertion dans un processus d'édiction formelle est là pour en témoigner¹⁰⁵⁴. CARBONNIER soulignait ainsi la persistance, à côté de normes coutumières tirant leur juridicité d'une délégation de la loi et qui ne suscitent guère de contestation dans la mesure où la loi y fait renvoi, d'une coutume ayant un « pouvoir autonome », c'est-à-dire insérée dans le jeu normatif en l'absence même de toute assise légale, et parfois même *contra legem*¹⁰⁵⁵. Ainsi, à côté de la coutume proprement dite, ou peut-être au sein du vaste ensemble qu'elle constitue, il convient d'évoquer ce que

¹⁰⁵² J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 194.

¹⁰⁵³ Qui est elle aussi une source formelle (V. J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.13 et 193, et aussi pour de plus amples développements : p. 245 et s.), quoi qu'en déclin (Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à l'autre », *RTDCiv.*1996.299).

¹⁰⁵⁴ On a cependant soutenu que la coutume ne jouait finalement à plein qu'à la suite de sa prise en compte en tant que norme obligatoire par la jurisprudence, ce qui ne permettrait de donner effet qu'aux coutumes *secundum legem*.

¹⁰⁵⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°136.

CARBONNIER nomme la « tradition juridique »¹⁰⁵⁶, ou encore la « coutume d'origine savante »¹⁰⁵⁷ qui s'incarne dans les maximes juridiques et les principes généraux du droit. Les maximes (ou adages) sont une « doctrine anonyme et immémoriale de la France [...]». Quelques-uns sont passés dans le Code civil, et ne font, dès lors, plus de difficulté, car la loi est devenue leur support formel. [...] Beaucoup d'autres de ces maximes, au contraire, sont restées en dehors de la loi, et concernent des points qu'elle n'a pas réglés elle-même. On les considère comme des règles de droit toujours en vigueur, et la Cour de cassation, à l'occasion, les invoque expressément dans ses arrêts »¹⁰⁵⁸. De la même façon, « bien que le principe [général] ne soit pas directement écrit dans la loi, la jurisprudence en a toujours reconnu la force obligatoire. [...] »¹⁰⁵⁹.

Ces manifestations de la tradition juridique se trouvent ainsi appliquées par le juge sans jamais avoir bénéficié d'une consécration textuelle explicite, la jurisprudence s'y référant comme à un *principe d'évidence* qui ne réclamerait aucune justification formelle de sa place dans le système juridique. Les exemples sont nombreux et BOYER en livrait quelques-uns en son temps, souhaitant montrer, à côté des nombreux adages qui ont fait l'objet d'une intégration dans le droit légiféré, « et sans l'appui des lois et des règlements, [...] la force reconnue à certains adages, qui dictent la solution au juge à l'instar des principes généraux du droit »¹⁰⁶⁰. Il est souvent illusoire d'en rechercher la source : ils sont le fruit d'une tradition, longue maturation menée aux confins de réalités extra-juridiques. Ainsi de l'adage *fraus omnia corrumpit* : pour BOYER, « la fraude est de tous les temps »¹⁰⁶¹, même si elle ne trouve son efficience juridique qu'après avoir été intégrée au droit positif par l'usage qu'en fait la jurisprudence¹⁰⁶². S'agit-il pour autant d'un processus d'*édiction* ? Rien n'est moins sûr. Du moins si l'on prend le terme – *édiction* – dans le sens auquel on l'emploie à propos de la norme légale : celle-ci n'existe en tant que telle – en tant que norme juridique – qu'à partir du moment où l'organe *ad hoc* l'affirme comme telle en la promulguant : avant elle n'existe pas. Les choses semblent être très différentes en ce qui concerne les principes généraux : le juge ne les consacre pas réellement : il n'en est que l'inventeur¹⁰⁶³ au sens propre (du latin *invenire* :

¹⁰⁵⁶ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°137.

¹⁰⁵⁷ *Idem, ibid.*

¹⁰⁵⁸ *Idem*, p. 251.

¹⁰⁵⁹ *Idem, ibid.*

¹⁰⁶⁰ L. BOYER, « Sur quelques adages, notes d'histoire et de jurisprudence », in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. 156, 1998, p. 21.

¹⁰⁶¹ *Idem*, p. 23.

¹⁰⁶² G. CALBAIRAC, « Considérations sur la règle "*Fraus omnia corrumpit*" », *D.*1961, Chron. 32.

¹⁰⁶³ V. par ex. : Civ. 1, 29 octobre 2014, n°13-19729, « *Our body* », Bull. civ. I, n° 178 : D.2015.242, note SOLVEIG-EPSTEIN ; *idem*, p. 246, note D. MAINGUY ; *idem*, p. 535, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ;

découvrir), et leur donne la respiration ponctuelle d'une vie qu'ils possèdent déjà en propre¹⁰⁶⁴. Leur emploi par la jurisprudence se perd alors souvent dans les méandres du temps, et nul ne saurait vraiment en dater le premier souffle. Ainsi par exemple « les tribunaux appliquent, sans s'inquiéter de sa provenance, une maxime *Fraus omnia corrumpit*, que l'on traduit habituellement : la fraude fait échec à toutes les règles. [...] la maxime n'est inscrite dans aucun texte. C'est une coutume [...] » et pourtant « la condamnation de la fraude a pour effet de paralyser la norme juridique qui validait une opération, de refouler l'Etat de droit lui-même »¹⁰⁶⁵.

271. Rôle de la jurisprudence dans l'« invention » des principes généraux – Il convient alors de se demander si l'exigence de prévisibilité contractuelle, prise en tant que telle et déliée des usages parfois politiques qui en sont souvent fait (ainsi de la bonne foi par les tenants du solidarisme, ou de la force obligatoire maintenue vent debout contre toute survenance d'un changement néfaste pour une partie au nom d'une certaine vision libérale des relations économiques) ne pourrait pas se recommander d'une telle origine... Les principes généraux, selon certains auteurs, auraient ainsi une sorte de préexistence : « la jurisprudence, sans les créer de toutes pièces, les "extrait de la loi ou de la coutume, avec l'aide de la doctrine" »¹⁰⁶⁶. Ainsi « bien qu'aucun texte n'en reconnaisse l'existence, les principes généraux font, sans aucun doute, partie de notre droit positif. Les tribunaux judiciaires et plus encore le juge administratif n'hésitent pas à y recourir soit pour combler les lacunes du droit écrit soit pour en éclairer la portée. [...] ce sont là autant de règles générales et non écrites que consacrent respectivement la jurisprudence judiciaire et administrative »¹⁰⁶⁷. Les principes généraux apparaissent donc comme des « règles de droit objectif, [...] exprimées ou non dans les textes, mais appliquées par la jurisprudence et dotées d'un caractère suffisant de généralité »¹⁰⁶⁸. C'est donc au processus complexe d'émergence des principes généraux que l'on se trouve ici confronté. S'ils ne sont assurément pas créés de toutes pièces par le juge¹⁰⁶⁹,

*RTDCiv.*2015.102, note J. HAUSER ; *Gaz. Palinéa*2014.3685, obs. PRIEUR ; *JCP G* 2014.1170, obs. G. LOISEAU ; idem, n°306, obs. G. LOISEAU.

¹⁰⁶⁴ Sur toutes ces questions V. entre autres : N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTDCiv.*2001.699. V. cependant : J-L BERGEL, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁶⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 250.

¹⁰⁶⁶ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°75, p. 105, citant J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, in. *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994.

¹⁰⁶⁷ B. JEANNEAU, « La nature des principes généraux en droit français », in *Etudes de droit contemporain*, Paris, 1962, p. 202.

¹⁰⁶⁸ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°74.

¹⁰⁶⁹ Toute la question qui demeure néanmoins consiste à apprécier sur un plan théorique l'étendu de ce pouvoir normatif reconnu au juge : peut-il créer du droit au sens propre, *ex-nihilo* en quelque sorte, ou doit-il toujours se

et ne sont pas forcément présents en tant que tels dans les textes¹⁰⁷⁰, ils sont dégagés par lui comme « synthèse de textes législatifs épars », « formulation de règles contenues implicitement dans tout un ensemble législatif »¹⁰⁷¹. CARBONNIER enseignait ainsi que « la doctrine et la jurisprudence ont formulé ces principes. Mais elles ne les ont pas créés. Elles les ont trouvés en suspension *dans l'esprit de notre droit*, tel que semblaient le leur révéler certains textes fragmentaires »¹⁰⁷². Le rôle du juge dans la découverte des principes généraux du droit est donc essentiel. Qu'il les découvre dans un substrat préexistant de quelque nature que ce soit (légal ou « coutumier »)¹⁰⁷³, ou fasse œuvre réellement créatrice ainsi que le soutient une partie de la doctrine¹⁰⁷⁴, l'action du juge va consister à mettre au jour juridique des valeurs qui sinon se trouveraient privées d'efficace.

Ce n'est donc pas vers les textes qu'il conviendrait de chercher le critère illusoire d'une juridicité, mais vers l'œuvre du juge : puisés par lui dans une tradition aux confins de l'exigence sociologique et de la nature des choses – en l'occurrence celle du contrat – la prévisibilité apparaîtrait alors comme un véritable principe du droit des contrats nonobstant

situer dans un développement, une invention (*invenire* : découvrir) sur fond d'un substrat légal toujours présent ? Les débats en doctrine sont sans fin sur cette question... il est pourtant incontestable que la loi n'a pas le monopole de la création de droit, et qu'il existe bien du droit tant dans l'action du juge déliée de toute assise légale, qu'hors même des modes de formation directe du droit ainsi qu'en témoigne, selon le mot d'un auteur, la « persistance de la coutume ». Cf. M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 61 et s. : l'auteur distingue le rôle du juge en deux hypothèses : la première dans laquelle le juge va attribuer le label « principe général » à certaines règles écrites qui « proviennent de toutes sortes d'actes juridiques (Constitution, traité, loi au sens formel du terme, décret, etc.) » (p. 61) ; la seconde est celle dans laquelle l'expression « principe général » va désigner des règles posées par le juge. Dans ce dernier cas, « le juge pose des principes généraux. [...] Ici, l'expression ne désigne plus une norme écrite, mais une source jurisprudentielle » (p. 83).

¹⁰⁷⁰ V. not. M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 46 et s. qui montre que certains principes généraux tirent cette qualification de la volonté du législateur lui-même et peuvent donc avoir leur source formelle dans le droit légiféré.

¹⁰⁷¹ *Idem*, p. 205. Certains auteurs rattachent néanmoins les principes généraux à la loi dont ils ne seraient qu'une « émanation », le juge les dégageant des textes par « induction amplifiante » (J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 449).

¹⁰⁷² J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 252. Pour une critique de cette formule : M. PUECH, « Les principes généraux du droit (aspect pénal), Journées de la société de législation comparée sur les « Principes généraux du droit », RIDComp., 1980, n° spéc., vol. 2, p. 338 ; P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation, *Cycle droit et technique de cassation* 2005-2006, 4 avr. 2006, n°11 et s. La question de l'autonomie des principes généraux du droit par rapport aux autres sources du droit agite depuis longtemps la doctrine. M. le professeur MOLFESSIS souligne ainsi que « nul n'ignore, à ce titre, qu'une partie de la doctrine a pu nier l'autonomie des principes, en les reliant, selon les uns à la loi, selon d'autres à la coutume ou, d'après l'opinion la plus majoritaire, à la jurisprudence. De prime abord, les arrêts les plus récents de la Cour de cassation semblent offrir des arguments à chacune de ces conceptions et conduire à réfuter l'autonomie des principes » (N. MOLFESSIS, « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation, *RTDCiv.*2001.702).

¹⁰⁷³ Cf. M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 61 et s. L'auteur distingue le rôle du juge en deux hypothèses : la première dans laquelle le juge va attribuer le label « principe général » à certaines règles écrites qui « proviennent de toutes sortes d'actes juridiques (Constitution, traité, loi au sens formel du terme, décret, etc.) » (p. 61) ; la seconde est celle dans laquelle l'expression « principe général » va désigner des règles posées par le juge. Dans ce dernier cas, « le juge pose des principes généraux. [...] Ici, l'expression ne désigne plus une norme écrite, mais une source jurisprudentielle » (p. 83).

¹⁰⁷⁴ Sur ce point V. N. MOLFESSIS, *préc.*, p. 703.

l'absence de texte la consacrant formellement comme telle. Or l'on ne peut que constater que le juge fait un usage abondant, quoi qu'innommé, de la notion de prévisibilité, ce qui suffit d'ores et déjà à lui conférer une juridicité...

§2 : L'absence de consécration jurisprudentielle

272. Introduction – Un certain nombre de figures désormais classiques qui constituent des points saillants de la jurisprudence en droit des contrats apparaissent commandées par la recherche d'une prévisibilité au profit des contractants, et il est possible de constater que cette exigence est partie prenante de notions qui semblent, en vertu de l'usage qu'en fait le juge, pouvoir être qualifiées de *principes* du droit des contrats (A).

En outre, en raison de la transversalité et de l'accroissement constatés du champ de cette exigence de prévisibilité, il semble qu'il n'y ait guère d'obstacle théorique à sa consécration *formelle* comme principe *par la jurisprudence*, à l'instar de ce qui a pu être fait par exemple dans l'affaire « *Our body* »¹⁰⁷⁵, où la Cour de cassation a affirmé que l'existence du « principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ». Il suffirait pour cela que le juge s'empare des fondements logiques de ses nombreuses jurisprudences *pour en induire un principe à vocation générale* qui aurait vocation à guider l'application des mécanismes d'ores et déjà existant, et à insuffler l'évolution d'autres dans le sens d'une nécessaire prévisibilité. Un exemple de consécration explicite de la prévisibilité existe : il est le fait du juge administratif, qui à travers le principe de sécurité juridique¹⁰⁷⁶, semble bien avoir reconnu, de manière autonome, un véritable principe de prévisibilité juridique (B).

A) Des consécrations implicites

273. Une montée en puissance constante de l'exigence de prévisibilité – A défaut de permettre l'identification d'un principe général de prévisibilité contractuelle, l'analyse de la

¹⁰⁷⁵ Civ. 1, 29 octobre 2014, n°13-19729, « *Our body* », Bull. civ. I, n° 178 : D.2015.242, note SOLVEIG-EPSTEIN ; *idem*, p. 246, note D. MAINGUY ; *idem*, p. 535, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; RTDCiv.2015.102, note J. HAUSER ; Gaz. Palinéa2014.3685, obs. PRIEUR ; JCP G 2014.1170, obs. G. LOISEAU ; *idem*, n°306, obs. G. LOISEAU.

¹⁰⁷⁶ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, *Deffrénois*, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009, p. 44 : « la prévisibilité constitue l'essence véritable de la sécurité juridique ».

jurisprudence de ces dernières décennies révèle la montée en puissance indubitable, non seulement d'un souci constant de protéger les contractants contre la survenance de risques imprévisibles, mais encore *d'une volonté de hisser cette préoccupation au plus haut niveau de la hiérarchie matérielle des normes*. Plus exactement, il semble que l'élaboration des solutions techniques apportées aux difficultés que rencontrent les contractants, et qui concourent à mettre en œuvre l'exigence de prévisibilité, passe systématiquement par leur rattachement à des notions plus larges, *pouvant être qualifiées de principes du droit des contrats*. Or si ces principes disparates (bonne foi, sécurité juridique, confiance légitime, etc.) poursuivent tous le même objectif de prévisibilité, il ne semble pas alors déraisonnable de considérer qu'ils puissent n'être en réalité que des principes *dérivés* d'un seul et même principe plus large qui les inclurait tous – le principe de prévisibilité contractuelle – leur conférant ainsi une cohérence théorique d'ensemble.

274. Consécration d'un principe de prévisibilité des comportements contractuels –

L'attention portée au comportement des contractants et aux incidences qu'il peut avoir sur la prise de décision et la formation du consentement est ancienne. La promotion continue par le juge d'un devoir de bonne foi au-delà des textes qui le cantonnaient à la seule phase d'exécution du contrat (cf. l'ancien article 1134 du Code civil) s'est faite selon un mouvement qui peut être décrit comme double¹⁰⁷⁷. D'une part la jurisprudence a étendu dans le temps le devoir de bonne foi en plaçant peu à peu sous son égide l'ensemble de la relation contractuelle *et précontractuelle* (mouvement qui a trouvé son aboutissement dans les articles 1104 et 1112 du Code civil qui font de la bonne foi une norme générale du comportement contractuel), érigeant ainsi une simple *règle* de comportement en norme ayant la vocation beaucoup plus générale d'être le support théorique d'un certain nombre de règles souvent disparates, *tout au long de la relation dans laquelle s'inscrit le contrat*¹⁰⁷⁸. De fait, l'usage que faisait le juge de la bonne foi s'est progressivement tellement délié de la lettre de l'ancien article 1134 qu'il convenait désormais de lui donner une existence propre, ce qu'a fait l'ordonnance du 10 février 2016. D'autre part, et dans le même temps, elle dotait le principe de bonne foi *d'un contenu normatif essentiellement orienté vers la régulation du risque comportemental*, dans la mesure où l'obligation d'information s'en émancipait : elle est désormais consacrée de façon autonome à l'article 1112-1 du Code civil. Le devoir de

¹⁰⁷⁷ V. Ph. LE TOURNEAU, M. POUmarede, « Bonne foi », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2009 (à jour : juin 2016), n°18.

¹⁰⁷⁸ Com. 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n°93 : *RTDCiv.*1972.779, note G. DURY.

transparence qui en constituait l'un des aspects fondamentaux, pour reprendre la typologie d'un auteur¹⁰⁷⁹, volant désormais de ses propres ailes, restent comme contenu normatif du principe de bonne foi, la *décence* et la *cohérence*, toutes deux *orientées essentiellement vers la régulation du risque comportemental*.

La bonne foi comportant une dimension essentiellement active¹⁰⁸⁰, sa vocation naturelle est en effet, à travers le modèle comportemental auquel elle permet de mesurer les agissements litigieux, d'assurer leur régulation dans le sens du respect des intérêts légitimes d'autrui¹⁰⁸¹. La place prise par la bonne foi (ou la loyauté) dans le paysage contractuel contemporain doit alors être vue *comme un renforcement de la régulation du risque comportemental*. Le « nouvel ordre contractuel » qu'un auteur a pu évoquer pour rendre compte de cette évolution¹⁰⁸² s'incarnerait alors sur un plan substantiel¹⁰⁸³ dans la figure d'un « contrat sociable »¹⁰⁸⁴ dominé, si l'on met à part la transparence désormais autonome, par ce deux devoirs découlant de ce principe tutélaire de loyauté. Or en chacun de ces aspects, la bonne foi apparaît essentiellement dédiée à instaurer une prévisibilité des comportements au sein du contrat. La *décence*, d'abord, a trait d'une certaine manière à la régulation des comportements pouvant constituer un risque, puisqu'elle interdit notamment à un contractant qui se trouverait en situation de force d'user de ses prérogatives sans considération pour les intérêts légitimes d'autrui, comme ce sera le cas par exemple en présence d'une clause résolutoire expresse ou d'une clause de dédit qui font peser sur le contrat un risque d'anéantissement et dont il est attendu de celui qui les exerce une certaine modération¹⁰⁸⁵. L'exigence de *cohérence*, ensuite, « implique, en premier lieu, que chaque partenaire fasse preuve d'une certaine *constance* dans son comportement, notamment lorsque son attitude a fait naître une confiance légitime dans l'esprit de son interlocuteur »¹⁰⁸⁶. Cette exigence a fait l'objet d'une consécration par la

¹⁰⁷⁹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, 1999, p. 610 et s.

¹⁰⁸⁰ S. TISSEYRE, *op. cit.*, n°91. L'auteur tient cependant une position nuancée : ce serait plus le cas pour la phase d'exécution que de formation du contrat. *Contra* : J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTDCiv.*1986.101 ; D. MAZEAUD, « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. et patr.*, juill.-août 1996, p. 44 ; C. RIOT, « Les obligations de la négociation », *RRJ* 2006.67 et s. V. aussi : Ph. LE TOURNEAU, *préc.*, n°4 et 15.

¹⁰⁸¹ Ce en quoi le devoir de bonne foi entretient un lien étroit avec la morale : cf. Ph. LE TOURNEAU, *préc.*, n°5 et s.

¹⁰⁸² D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003.285.

¹⁰⁸³ *Idem*, n° 25 et s.

¹⁰⁸⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, 1999, p. 610.

¹⁰⁸⁵ *Idem*, p. 612 et s.

¹⁰⁸⁶ *Idem*, p. 614. Nous soulignons.

jurisprudence qui a explicitement affirmé l'existence d'un *principe* de cohérence¹⁰⁸⁷, lequel, selon un auteur, devrait avoir vocation à réguler l'ensemble des comportements contractuels : « l'affirmation positive du principe de cohérence n'est pas neutre. L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui n'était jusqu'à présent que le fruit de l'interprétation doctrinale et *a posteriori* de la jurisprudence : voici que ce principe est désormais normatif. Il n'a plus seulement vocation à permettre la lecture des décisions passées, mais également à prévoir les arrêts futurs en régissant les comportements de manière générale et abstraite »¹⁰⁸⁸ ...

275. Obligation d'information et principe de bonne foi – La bonne foi sert depuis longtemps de support au développement de l'obligation d'information. En mettant le « moins sachant » en mesure de connaître une information importante pour la formation de son consentement, il s'agit en effet d'éviter autant qu'il est possible que la révélation ultérieure de la réalité, ou la réalisation future d'un événement aléatoire, qui ne pouvaient être prévus par l'un des contractants au moment où sa volonté s'est déterminée, constituent un risque imprévisible. La bonne foi comporte ainsi, à côté de la décence et de la cohérence déjà évoquées, une exigence de *transparence*¹⁰⁸⁹, qui s'incarne de manière évidente dans l'accroissement du devoir d'information dont la fonction évidente est de ne pas laisser un consentement se former à l'ombre d'un risque dont l'un aurait conscience au moment où il contracte et pas l'autre. Il est en cela un instrument de prévisibilité à destination non seulement de risques *internes* au contrat, mais aussi et peut-être surtout des risques *externes*, c'est-à-dire résidant dans l'environnement matériel du contrat, ce qui permet en quelque sorte de niveler le risque¹⁰⁹⁰. Or cette exigence de prévisibilité qui permet la prise en compte des risques externes et impersonnels, à défaut de pouvoir en empêcher la survenance¹⁰⁹¹, parce qu'elle trouve son

¹⁰⁸⁷ Com. 20 septembre 2011, n°10-22888, Bull. IV, n° 132 : *JCP G* 2011.1250, note D. HOUTCIEFF ; *RTDCiv.*2011.760, note B. FAGES. V. aussi pour une consécration de l'interdiction de se contredire : Ass. plén., 27 févr. 2009 : Bull. ass. plén. 2009, n°1 : *D.*2009.723, obs. X. DELPECH ; *idem*, p. 1245, note D. HOUTCIEFF ; *JCP* 2009.II.10073, note P. CALLE.

¹⁰⁸⁸ D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP G* 2011.1250, p. 2248.

¹⁰⁸⁹ D. MAZEAUD, préc., p. 610 et s.

¹⁰⁹⁰ M. le professeur MAZEAUD remarque que « l'exigence de transparence constitue, par ailleurs, un critère qui permet de déterminer, entre les dispositions contractuelles, celles dont pourra se prévaloir le contractant qui a rédigé unilatéralement le contrat, et celles qui seront inopposables à son cocontractant. Ainsi c'est parce que certains contractants, qu'ils soient consommateurs ou pas d'ailleurs, sont dans l'incapacité intellectuelle ou économique de négocier ou d'apprécier les risques du contrat, et que l'opacité de l'instrument préfigure souvent un déséquilibre contractuel, que la loi et la jurisprudence soumettent la validité ou l'efficacité de quelques clauses, soit à leur apparence formelle dans l'*instrumentum*, soit à leur connaissance et à leur acceptation par celui à qui on les oppose » (*idem*, p. 611).

¹⁰⁹¹ Cf. *supra* n°414 et s.

fondement dans une exigence qui semble bien avoir la nature de *principe général du droit*¹⁰⁹², pourrait y puiser un fondement solide à sa reconnaissance. Résolument tournée vers la régulation des comportements, et dédiée à la prévisibilité indispensable à l'existence d'un contrat utile, la bonne foi recouvre de la qualification de principe général qui est la sienne l'ensemble de ces manifestations qui toutes concourent à l'instauration d'une prévisibilité des comportements contractuels.

B) Une consécration explicite

276. Consécration du principe de sécurité juridique par le Conseil d'Etat – L'impératif de sécurité juridique est présent de longue date en droit français¹⁰⁹³ et communautaire¹⁰⁹⁴. Sa consécration en tant que principe général du droit, intervenue avec l'arrêt du Conseil d'Etat « *Société KPMG et autres* » en 2006¹⁰⁹⁵ est en réalité venue parachever un mouvement d'ensemble aux origines anciennes. L'essence de ce principe est de rendre prévisibles les *risques normatifs* pesant sur les situations juridiques des justiciables¹⁰⁹⁶ : dans l'affaire dont il était question, la haute juridiction administrative décidait en effet que si un changement de

¹⁰⁹² Cf. C. JARROSSON, « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », in. *L'éthique dans les relations économiques internationales, Mélanges en hommage à Ph. FOUCHARD*, 2006, Pédone, p. 185 ; Ph. LE TOURNEAU, M. POUmarede, préc., n°17.

¹⁰⁹³ V. entre autres : C. constit. 16 décembre 1999, DC n°99-421 ; C. constit. 29 décembre 2005, DC n°2005-530. Il ne s'agit pourtant de la part du Conseil constitutionnel que de consécration de « sous-principes » qui certes participent de l'exigence de sécurité juridique, mais sans qu'il faille voir là une consécration d'un principe général de sécurité juridique proprement dit. M. le professeur PIAZZON (in. *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, Defrénois, Lextenso éditions, 2009, p. 451) relève en outre, contre de nombreuses analyses en sens contraire (V. not. B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges Patrice GELARD*, Droit constitutionnel, Montchrestien, 1999, p. 301 ; D. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », D.2002.2814 ; A-L VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préf. B. MATHIEU, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005), non seulement qu'il ne semble pas opportun de procéder à une telle consécration, mais encore qu'existe de la part du Conseil « un rejet du principe de sécurité juridique, non sur la base de la vacuité de ses fondements textuels, mais bien quant au fond : le Conseil constitutionnel ne veut pas consacrer le principe de sécurité juridique, quel que soit l'enthousiasme des parlementaires (de l'opposition politique du moment...) et d'une partie de la doctrine ». V. aussi : B. MATHIEU, « Sécurité juridique – Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur », *JCP G* 2014.116. La jurisprudence récente du Conseil semble confirmer cette position. V. par ex. : S. BRONDEL, « Le principe de sécurité juridique n'est pas un principe constitutionnel, *AJDA* 2011.303, à propos d'une QPC (n°2010-102), rendue au sujet de l'article 1^{er} de la loi du 16 janvier 2001 supprimant le privilège professionnel des courtiers interprètes et conducteurs de navires.

¹⁰⁹⁴ V. not. : C.J.C.E, 6 avr. 1962, *Soc. Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd*, aff. 13/61, Rec. 89. Pour une présentation du principe général de sécurité juridique dans l'ordre communautaire, V. J. MOLINIER, « Principes généraux », in. *Rép. de dr. eur.*, Dalloz, 2011 (à jour : juin 2016), n°102 et s.

¹⁰⁹⁵ Il convient évidemment de distinguer clairement les hypothèses dans lesquelles les juridictions françaises, administratives ou judiciaires du reste, ont à trancher des litiges relevant du droit communautaire et doivent évidemment faire application dans ce cas du principe de sécurité juridique tel que défini par la jurisprudence communautaire (C.J.C.E, 18 mai 2000, *Max Rombi*, aff. C. 107/97 : Europe 2000/7, n° 197). La nouveauté de l'arrêt *KPMG et autres* est bien qu'il introduit pour la première fois un tel principe dans l'ordre juridique interne, en lui donnant une définition propre.

¹⁰⁹⁶ Cf. *supra* n°228 et s.

législation peut avoir un caractère rétroactif pour peu que le législateur le prévoit expressément, ce n'est qu'à la condition que soient énoncées dans le même temps des mesures transitoires permettant de ménager les situations constituées sous l'empire de la loi ancienne et qui se trouveraient atteintes par un changement sinon trop brutal. La question de la sécurité juridique n'est donc finalement que celle des divers moyens par lesquels le législateur doit se garder, dans une certaine mesure¹⁰⁹⁷, dans son œuvre normative d'une création de risques imprévisibles susceptibles de décevoir les prévisions légitimes des justiciables. Le *Rapport du Conseil d'Etat* de 2006 traduit cette idée en énonçant que « le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles »¹⁰⁹⁸. Il ne s'agit donc pas seulement de savoir l'état du droit actuel, mais aussi de pouvoir anticiper les mutations de l'ordre juridique, et donc de prendre en compte ce risque dans la prise de décision : « le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables »¹⁰⁹⁹. L'on retrouve d'ailleurs cette idée, marquée de façon plus explicite encore, dans la jurisprudence de la Cour de justice qui définit ce principe communautaire de la façon suivante : « la législation communautaire doit être certaine et son application prévisible pour les justiciables »¹¹⁰⁰. L'impératif de sécurité juridique est donc de façon essentielle un impératif de prévisibilité¹¹⁰¹. Reste à trancher la délicate question de la qualification précise qu'il convient d'accoler à l'exigence de sécurité juridique, après l'intervention tant médiatisée du Conseil d'Etat en 2006 : peut-on depuis lors considérer qu'a été consacré un véritable *principe général du droit* de la sécurité juridique ? Les auteurs sont divisés quant à la réalité¹¹⁰², si ce n'est

¹⁰⁹⁷ Le principe de sécurité juridique ne signifie pas en effet la sclérose du système normatif (cf. *supra* : Chap.3).

¹⁰⁹⁸ *Rapport public du Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, p. 281. Nous soulignons.

¹⁰⁹⁹ *Idem*, p. 282.

¹¹⁰⁰ C.J.C.E, 15 décembre 1987, *Irlande c/ Commission*, aff. 325/85, Rec. 1987.5041, spéc. n°18, p. 5088.

¹¹⁰¹ Cf. T. PIAZZON, *op. cit.*, n°31 et 53.

¹¹⁰² Nous donnons quelques références bibliographiques postérieures à l'arrêt de 2006, mais qui ne prétendent à aucune exhaustivité. Pour : P. CASSIA, « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.*2006.1190, pour qui « l'apport de la décision *Sté KPMG* du 24 mars 2006 à la théorie des principes généraux du droit français est double : *formellement*, elle reconnaît l'existence d'un principe de sécurité juridique, et met ainsi fin à une controverse portant sur le point de savoir si ce principe existe ou non en droit administratif ; substantiellement, elle montre que ce principe englobe celui de confiance légitime, qui n'est pas invocable en tant que tel mais qui constitue le cœur du raisonnement du juge administratif » ; B. MATHIEU, « Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'Etat », *AJDA* 2006.841 ; L. TESOKA, « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA* 2006.2214 ; F. CHALTIEL, « La consécration du principe de sécurité juridique par le Conseil d'Etat », *RMCUE* 2006.457, qui affirme, en émettant tout de même certaines réserves quant à sa portée, que « l'on peut logiquement déduire de la lecture de

l'opportunité¹¹⁰³, d'une telle consécration. Sans entrer dans ce débat, il semble en tout cas indéniable que la voie tracée par l'arrêt de 2006 n'a jamais été désavouée, et s'est au contraire trouvée renforcée au fil des décisions¹¹⁰⁴. L'une des dernières en date, particulièrement médiatisée, est intervenue à propos de la réglementation des tarifs de l'électricité vendue par EDF. Un arrêté ministériel du 26 juillet 2013 avait en effet fixé les barèmes de divers tarifs réglementés dits « verts », « jaunes » et « bleus résidentiel », prévoyant notamment que ces derniers devaient être augmentés d'au moins 5% au 1^{er} août 2014. Cependant, un gel des tarifs avait par la suite été décidé au motif d'une préservation du pouvoir d'achat des français, et un arrêté ministériel du 28 juillet 2014, avait abrogé la disposition prévoyant l'augmentation des tarifs « bleus résidentiels ». Dans une décision du 15 juin 2016, le Conseil d'Etat prononça, à la demande de l'Association nationale des détaillants de l'énergie, l'annulation de cet arrêté, au motif « que l'arrêté attaqué abroge ces dispositions trois jours seulement avant le 1^{er} août, à une date où les fournisseurs d'électricité avaient pu déjà anticiper pleinement les effets de leur mise en œuvre ; que, dans ces circonstances particulières, et compte tenu de l'importance du niveau des tarifs réglementés "bleus" pour l'activité des fournisseurs d'électricité et le contenu des offres qu'ils proposent, l'arrêté attaqué a été pris en méconnaissance du principe de sécurité juridique, alors même qu'un communiqué de presse du 19 juin 2014 en a annoncé le principe ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, cet arrêté doit être annulé »¹¹⁰⁵. Cette décision constitue une bonne illustration de l'assimilation qu'il convient de faire de la sécurité juridique avec l'exigence de prévisibilité : c'est parce que la hausse des tarifs avait été anticipée par les acteurs du secteur au vu d'un certain état de la législation (en l'occurrence l'arrêté du 26 juillet 2013) que le changement dans cette législation, alors même qu'il avait été annoncé par voie de communiqué quelques semaines avant, était jugé non conforme au principe de sécurité juridique. Cette annonce

la décision ici commentée que le principe de sécurité juridique est érigé au rang de principe général du droit par le juge administratif [...] » ; du même auteur : « Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité », *AJDA* 2009.1650, l'auteur semble néanmoins adopter une position nuancée, précisant que « [...] le juge administratif suprême a consacré en 2006 le principe de sécurité juridique [...]. Ce principe, *au rang juridique encore indéfini précisément*, a vocation à s'appliquer à l'ensemble des situations juridiques - certes avec interprétations variées - et a fortiori aux actes créateurs de droits » ; une vision critique de cette consécration est également adoptée par M. le professeur MORVAN : « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Dr. social* 2006.707, spéc. n°22 et s. Contre : F. MELLERAY, « L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *AJDA* 2006.897, pour qui « l'arrêt KPMG aboutit donc (de manière involontaire ?) à l'avènement d'un principe de confiance légitime « à la française » plus que d'un principe général de sécurité juridique ».

¹¹⁰³ V. not. l'analyse très critique de M. le professeur PIAZZON (*op. cit.* spéc. p. 449 et s.), qui se prononce « contre la création ou l'extension d'un principe général de sécurité juridique » (*op. cit.*, n°225).

¹¹⁰⁴ V. par ex. : CE, 27 octobre 2006, *Société Techna*, n°260767 : *AJDA* 2006.2385, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; CE, 25 juin 2007, *Syndicat CFDT des affaires étrangères*, n°304888 : *AJDA* 2008.1823, concl. I. DE SILVA.

¹¹⁰⁵ CE, 15 juin 2016, *Association nationale des détaillants de l'énergie*. Nous soulignons.

préalable ne suffisait pas à rendre prévisible le changement *de façon utile* pour les opérateurs économiques qui avaient adapté leur politique de longue date, et donc au nom de la sécurité juridique, cette création d'un risque imprévisible devait être sanctionnée par la haute juridiction administrative¹¹⁰⁶.

L'état de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *KPMG et autres* semble donc pouvoir être décrit d'une part comme une confirmation de cette idée déjà évoquée et exprimée par un auteur que « la prévisibilité constitue l'essence véritable de la sécurité juridique »¹¹⁰⁷, et d'autre part si l'on se refuse à considérer qu'existe un principe général du droit *stricto sensu* de sécurité juridique, du moins semble-t-il désormais difficilement « contestable que la sécurité juridique agit comme *une norme de référence*, qu'elle a été constitutionnalisée dans sa substance »¹¹⁰⁸. Enfin, et nonobstant les savants exercices d'exégèse auxquels se livre encore régulièrement la doctrine à ce sujet, la lettre des décisions¹¹⁰⁹ autant que le discours du Conseil d'Etat lui-même¹¹¹⁰, oblige à considérer que la sécurité juridique est désormais considérée comme un principe¹¹¹¹, c'est-à-dire, quelle que soit la valeur que l'on s'accorde à lui reconnaître dans la hiérarchie des normes, comme une norme d'essence supérieure ayant vocation à insuffler un sens au système juridique.

277. Les différences de méthodologie entre le juge administratif et judiciaire – Depuis toujours il semble que la jurisprudence publiciste soit dénuée des pudeurs théoriques qui freinent l'action des magistrats de l'ordre judiciaire. Le rôle normatif du juge administratif (et *a fortiori* constitutionnel) semble difficilement contestable. Qui cherche à connaître la matière se tournera ainsi très naturellement vers tel ou tel recueil de « Grands arrêts », là où le privatiste portera plutôt son attention sur un Code quelconque¹¹¹². La façon d'aborder la question des principes généraux en droit public est donc très différente. D'une part en raison

¹¹⁰⁶ Sur cette affaire V. not. : M-C DE MONTECLER, « Tarifs de l'électricité et principe de sécurité juridique », *AJDA* 2016.1261.

¹¹⁰⁷ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°31.

¹¹⁰⁸ A. CRISTAU, *préc.*, p. 2818.

¹¹⁰⁹ Qu'on le veuille ou non, le Conseil d'Etat, même s'il use dans le même temps d'autres formules souvent ambiguës – ainsi évoque-t-il d'abord dans sa décision de 2006 des « motifs de sécurité juridique », à l'instar de ce qu'il avait pu faire dans des décisions antérieures – emploie le terme de « principe », et l'on peut raisonnablement penser qu'il le fait sciemment, sachant pertinemment les développements qui en seront tirés par la doctrine.

¹¹¹⁰ Communiqué de presse publié sur le site : www.conseil-etat.fr/Actualités.

¹¹¹¹ Un arrêt du Conseil d'Etat lui a par ailleurs reconnu valeur constitutionnelle en le rattachant à la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* (CE, 21 janvier 2015, *AJDA* 2015.880, comm. G. EVEILLARD), venant en quelque sorte achever, quoi que le dernier mot reste sur ce point au Conseil constitutionnel lui-même, une évolution de ce-dernier vers une admission de plus en plus évidente de ce qualificatif.

¹¹¹² L'une des raisons de l'amicale rivalité entre les étudiants de l'une et l'autre de ces grandes branches du Droit réside sans doute dans cette réalité que si tous sont bien des « gens du Livre », l'auteur « sacré » qui s'y révèle est très différent : le législateur pour les uns, le juge pour les autres.

de l'antériorité du juge administratif en la matière : c'est en effet de son devoir d'imagination¹¹¹³ qu'est née la notion même de principe général, au détour d'un arrêt du Conseil d'Etat du 26 octobre 1945¹¹¹⁴ « *Aramu* », consacrant l'existence de principes généraux « applicables même en l'absence de texte ». Un auteur remarque : « il y eut là une innovation car, jusque-là, le Conseil d'Etat avait fondé exclusivement ses décisions soit sur des textes, soit sur des règles dont il ne précisait pas l'origine mais qui étaient de création prétorienne »¹¹¹⁵. Dès l'origine donc, le système des principes généraux en droit public apparaît délié de la dictature du texte pour ne tirer leur juridicité que de leur reconnaissance en tant que tels par la jurisprudence.

La situation en droit privé apparaît plus contrastée, offrant à la fois l'exemple *de principes énoncés par les textes* et tirant donc leur juridicité formelle de l'autorité du législateur¹¹¹⁶ – ainsi par exemple du code de procédure civile qui énonce en son premier chapitre les principes directeurs du procès (articles 1^{er} à 24) – et *de principes d'origine jurisprudentielle* qui n'ont pas moins de force juridique quoi que n'ayant jamais été consacrée par les textes. Quoique la théorie des sources soit très différente en droit public et en droit privé, il semble que le juge y tienne sur ce point un rôle comparable, ou du moins bénéficie des mêmes licences : celle de trouver au-delà des sources légales certaines normes de portée générale et d'essence supérieure susceptibles de fonder ou de tempérer le système juridique.

Le phénomène des principes généraux du droit est donc révélateur de l'existence d'un réel pouvoir normatif du juge¹¹¹⁷ s'exprimant dans la mise au jour de ces principes sans assise textuelle. Lorsqu'ils émanent « du juge, (et spécialement de la Cour de cassation), leur existence signale sans conteste l'apparition d'un véritable pouvoir normatif à son profit. Ce dont il faut bien mesurer l'importance : c'est la physionomie classique du principe de légalité que ce phénomène pousse à reconsidérer. Un décalage se fait jour, en effet, entre le discours officiel qui refuse au juge toute compétence normative, et le fonctionnement réel du système juridique, où il exerce ce pouvoir alors même qu'il n'a reçu aucune habilitation à cet

¹¹¹³ V. not. G. VEDEL et P. DELVOLLE, *Droit administratif*, PUF, coll. Thémis, 1980, p. 379.

¹¹¹⁴ CE, Ass. 26 octobre 1945, *Aramu*. V. aussi : CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*, bien que l'expression « principe général » ne s'y trouve pas...

¹¹¹⁵ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°72.

¹¹¹⁶ V. entre autres sur la question de la valeur des principes généraux dans la hiérarchie des normes : R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.*1960, chron. 119 ; du même auteur : « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *D.*1966, chron. 99. Plus généralement : P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 207 et s.

¹¹¹⁷ V. aussi : M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 83 : « Le pouvoir normatif du juge [...] se présente même comme inhérent à la fonction de juger. Lorsqu'il tranche un litige en rendant sa décision, le juge édicte forcément une norme juridique : la conclusion du syllogisme judiciaire s'analyse en une prescription nouvelle adressée au destinataire du jugement ». *Contra* : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 273.

effet »¹¹¹⁸. Un auteur relève ainsi que « c'est de la jurisprudence que les principes généraux tiennent leur autorité »¹¹¹⁹. Constaté la présence, dans la jurisprudence, d'une exigence de prévisibilité contractuelle employée avec une généralité suffisamment importante pour transcender les applications spécifiques à tel ou tel domaine, et à un degré suffisamment éminent pour apparaître comme un élément impulsant une direction à la matière dans son ensemble *suffirait donc à qualifier la notion de norme juridiquement efficiente*.

278. Conclusion de la sous-section 1 relative à une émancipation absente – L'observation du droit positif actuel permet de dresser un bilan contrasté de l'intégration de la prévisibilité dans la hiérarchie des normes. L'on constate en effet un double mouvement d'influence. D'une part le droit légiféré a intégré, à l'occasion de la réforme, un certain nombre de mécanismes d'origine jurisprudentielle dans lesquels l'exigence de prévisibilité apparaît avoir une place prépondérante. Ce faisant celle-ci fait son entrée dans le Code civil, mais demeure marquée par son hétéronomie : elle ne tire en effet sa juridicité que de son rattachement à d'autres mécanismes et ne saurait de ce fait être employée comme un principe autonome. En outre, l'intégration dans la loi de ces mécanismes constituera sans doute une incitation puissante à leur développement par la jurisprudence, et l'on peut penser que ce faisant la prévisibilité gagnera encore en extension dès lors que le juge se sera emparé des nouvelles dispositions légales. La prévisibilité pourrait ainsi se trouver émancipée par le fait du juge, à l'instar de la consécration par le juge du principe de sécurité juridique qui semble bien constituer un premier exemple – quoi qu'étranger au droit des contrats proprement dit – de consécration autonome de l'exigence de prévisibilité. Cette émancipation apparaîtrait en outre opportune, si l'on en croit les incitations diverses qui poussent le droit français dans cette direction...

Sous-section 2 : Une émancipation souhaitable

279. Annonce du plan – L'absence de reconnaissance d'un principe de prévisibilité en droit français peut paraître étonnante : elle constituerait en effet l'aboutissement logique d'un certain nombre d'évolutions jurisprudentielles, et semblerait en outre conforme à une évolution générale du droit des contrats au-delà même de nos frontières nationales. En effet,

¹¹¹⁸ M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 43.

¹¹¹⁹ J-L BERGEL, *op. cit.*, p. 103.

si ni le droit positif français, ni la jurisprudence, ne l'ont encore fait, nombreux sont les textes tant internationaux ou européens qui intègrent la prévisibilité comme un principe autonome du droit de contrats, de façon plus ou moins explicite (§1). Le processus de réforme du droit des contrats, qui a trouvé son aboutissement dans l'ordonnance du 10 février 2016, a en outre donné lieu à de nombreuses contributions qui, pour certaines, tendaient à intégrer, de façon plus ou moins explicite, la prévisibilité parmi les principes généraux ou directeurs de la matière (§2).

§1 : La prévisibilité dans les instruments européens et internationaux

280. Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (1980) – Après un préambule, le texte s'ouvre sur une partie consacrée aux « Dispositions générales » qui comporte en son sein une disposition visant l'interprétation des « indications et [...] autres comportements d'une partie »¹¹²⁰. Les règles édictées sur ce point opèrent une confrontation entre ce qu'une partie donne à voir et ses intentions, c'est-à-dire entre le signifiant manifesté au cocontractant et le signifié par définition imperceptible en soi puisque caché dans les méandres de la psychologie : l'intention, la volonté. De cette confrontation découle une prise en considération nécessaire de la prévisibilité de l'intention et donc du comportement à venir du contractant qui par définition sera conforme à ce qu'il voulait, quand bien même cette volonté n'aurait pas été perçue en amont, au moment de l'émission de signes tels que les indications données ou le comportement actuel. Le texte prévoit d'abord, de façon évidente que ces indications ou comportements doivent s'interpréter à la lumière des intentions connues de l'autre partie. Il ne sera dès lors pas possible de reprocher au cocontractant un comportement imprévisible lorsque l'on connaissait ses intentions réelles – il en va alors de la faute de l'interprète qui a tiré de mauvaises conclusions d'une situation pourtant propice à une juste anticipation – ou lorsqu'on « ne pouvait ignorer cette intention ». L'on retrouve ici cette dimension essentielle de l'exigence de prévisibilité qui tend à responsabiliser les parties dans leur entreprise de prévision : si le comportement ultérieur était en soi prévisible, la partie qui s'est méprise ne peut se retrancher derrière une imprévisibilité qui, par hypothèse, n'existait pas dans la mesure où son erreur se trouve dépourvue de légitimité. Il appartient en effet à chacun de se renseigner et de faire preuve dans ses affaires de diligences et d'une prudence

¹¹²⁰ Article 8 C.V.I.M.

minimale, de se comporter comme en toutes autres circonstances en bon père de famille, en contractant raisonnable.

Dans le cas contraire, lorsque les intentions de la personnes n'étaient pas connues, et ce de façon légitime, les « indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, leur aurait donné ». Il convient alors, précise le texte, de tenir compte « des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties ». Autrement dit, le juge aura à apprécier la prévisibilité des intentions finalement manifestées par tel ou tel comportement selon le critère classique du « raisonnable », c'est-à-dire par référence à un standard juridique, dont on a dit qu'il était caractéristique de la mise en œuvre de la prévisibilité contractuelle. Le texte renvoi en effet à l'apparence de l'intention, manifestée par tel ou tel comportement ou telle ou telle indication, telle que l'aurait appréciée un homme raisonnable placé dans la même situation, soit à une appréciation objectivée de la prévisibilité du revirement de comportement perturbateur. On trouve donc dans cette disposition de la Convention une consécration en tant que principe de la prévisibilité contractuelle comme critère permettant de réguler *a posteriori* la confrontation des prévisions contractuelles et du risque personnel intra contractuel lorsque celui-ci se réalise, en soumettant au constat de son imprévisibilité le prononcé de la légitimité de la méprise invoquée, ouvrant à la sollicitude du droit.

281. Principes UNIDROIT (1994) – Les *Principes UNIDROIT* comportent une partie intitulée « Dispositions générales » dans laquelle le principe de bonne foi (article 1.7) et l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui (article 1.8) occupent une place de choix. Le commentaire précise « que l'on peut considérer le principe de bonne foi comme étant l'une des idées fondamentales à la base des *Principes* ». L'on a vu l'importance de ce principe dans l'entreprise de régulation des comportements des parties¹¹²¹. La consécration immédiatement après (article 1.8) de l'interdiction de se contredire est particulièrement révélatrice. Le texte dispose : « Une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu'elle a suscitée chez l'autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ». Ce lien entre la bonne foi et l'attente suscitée par le

¹¹²¹ Le *Commentaire des Principes UNIDROIT* précise d'ailleurs que « rien n'empêche les parties de prévoir dans leur contrat l'obligation de respecter des critères de comportements plus stricts » (p. 22).

comportement du cocontractant¹¹²² révèle une attention portée au plus haut niveau à la prévisibilité des comportements, dans une dimension plus incitative que celle précédemment évoquée. Il s'agit d'une part évidemment de considérer l'imprévisibilité du comportement comme critère de la légitimité de la méprise, et donc de la réparation demandée de ce chef, mais aussi et plus fondamentalement de poser en amont une régulation du risque personnel interne au contrat en édictant un modèle de comportement prévisible sans lequel toute entreprise de prévision – et donc toute possibilité de conclure un contrat – se révélerait vaine. En faisant découler explicitement l'interdiction de se contredire du principe de bonne foi, posé comme un élément structurant la matière de façon « fondamentale », l'exigence de prévisibilité accède dans ses deux dimensions – prescriptive et modératrice – au plus haut niveau des normes gouvernant le droit des contrats.

282. Principes du droit européen des contrats (2003) – L'œuvre d'unification du droit européen des contrats entreprise par la Commission LANDO s'ouvre elle-aussi sur un premier chapitre comportant des « devoirs généraux » où apparaissent la bonne foi (article 1 : 201) et le devoir de collaboration (article 1 : 202). La bonne foi, d'abord, apparaît comme « un principe de base qui irrigue les *Principes* »¹¹²³ qui chapeaute et unifie un certain nombre de dispositions spécifiques qui en constituent « des applications particulières »¹¹²⁴. Le commentateur prend soin en effet de préciser que « le concept est cependant plus large que chacune de ces applications »¹¹²⁵, et si le texte de l'article 1 : 201 n'évoque que les « exigences de la bonne foi », le commentaire qui l'accompagne évoque bien quant à lui un principe, dont est relevé par ailleurs l'universalité dans les systèmes juridiques européens, nonobstant d'évidentes différences tenant à son étendue et à sa force de pénétration¹¹²⁶. Les déclinaisons du principe de bonne foi dans les P.D.E.C sont révélatrices en outre de l'idée générale qui le sous-tend, et qui vise à réguler les comportements des parties de façon à éviter la création de tout risque imprévisible pour le cocontractant. Ainsi du devoir de ne pas entamer ou poursuivre des négociations si l'on sait que le contrat ne sera jamais conclu, et de manière générale de se garder de toute rupture abusive des pourparlers contractuels¹¹²⁷, de la

¹¹²² Le *Commentaire* indique que « cette disposition constitue une application générale du principe de bonne foi [...] » (p. 22).

¹¹²³ G. ROUHETTE (s. la dir.), *Principes du droit européen des contrats (version française)*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 2, 2003, p.72.

¹¹²⁴ *Idem, ibid.*

¹¹²⁵ *Idem, ibid.*

¹¹²⁶ *Idem*, p. 75.

¹¹²⁷ Article 2 : 301 des *Principes UNIDROIT*.

protection de la croyance légitime dans le caractère ferme de l'offre¹¹²⁸, ou dans une apparence de pouvoir qui résulterait des déclarations ou du comportement de l'intéressé¹¹²⁹, de l'impossibilité pour une partie de se prévaloir d'une clause d'intégralité¹¹³⁰ ou de modification par écrit¹¹³¹ dès lors que l'autre partie s'est raisonnablement fondée sur ses déclarations ou son comportement. L'article 2 : 104 alinéa 1 dispose quant à lui que « les clauses d'un contrat qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle ne peuvent être invoquées à l'encontre d'une partie qui ne les connaissait pas que si la partie qui les invoque a pris des mesures raisonnables pour attirer sur elles l'attention de l'autre avant la conclusion du contrat ou lors de cette conclusion ». Autrement dit la revendication d'une clause demeure soumise à une exigence de prévisibilité alors même qu'elle n'aurait pas été négociée : son invocation ultérieure, et donc surtout l'éventualité de sa mise en œuvre de l'effet de droit qu'elle porte, devra avoir pu être anticipée par la partie qui va subir ces effets de droit. Ce n'est point en effet seulement la connaissance de la clause qui importe, mais la possibilité qu'elle offre cette connaissance de ne point subir l'effet de droit qu'elle porte comme un risque imprévisible, ce pourquoi l'alinéa 2 de ce même article dispose que « la simple référence faite à une clause par un document contractuel n'attire pas sur elle de façon satisfaisante l'attention du cocontractant [...] ». Ce qui importe c'est donc que le risque que représente la clause ait été rendu prévisible par celui qui l'invoque en portant de manière adéquate ladite clause à la connaissance de celui qui va en subir l'effet.

Par ailleurs, l'article 1 : 202 consacre le *devoir de collaboration*, comme une conséquence du principe de bonne foi. On retrouve là aussi l'idée que chacune des parties doit créer les conditions pour que soient tenues les prévisions contractuelles légitimes qui ont fondé le consentement : « chaque partie, énonce l'article, doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ». Le devoir de collaboration comprend ainsi « l'obligation pour une partie de permettre à l'autre d'exécuter ses obligations et par là d'obtenir le bénéfice de ce qui était stipulé dans le contrat »¹¹³², notamment en « inform[ant] l'autre partie d'éventuels dangers pour les personnes ou les biens qui pourraient apparaître lors de l'exécution du contrat »¹¹³³.

¹¹²⁸ Article 2 :202 (3) (c) des *Principes UNIDROIT*.

¹¹²⁹ Article 3 :201 (3) des *Principes UNIDROIT*.

¹¹³⁰ Article 2 :105 (4) des *Principes UNIDROIT*.

¹¹³¹ Article 2 :106 (2) des *Principes UNIDROIT*.

¹¹³² G. ROUHETTE (s. la dir.), *op. cit.*, p. 78.

¹¹³³ *Idem, ibid.*

283. Les principes « fondamentaux » dans les projets de cadre commun de référence – Les projets d’harmonisation du droit des contrats au sein de l’Union européenne sont anciens¹¹³⁴. A la suite de l’appel d’offre lancé par la Commission en 2005 en vue de l’élaboration d’un projet de Cadre commun de Référence¹¹³⁵, deux groupes d’études ont été constitués, l’un, autour du Professeur VON BAR, a présenté en 2009 le *Draft Common Frame of Reference* (D.C.F.R)¹¹³⁶, l’autre, réaction d’influence française à un projet fort critiqué¹¹³⁷ notamment en raison de ses velléités à peine voilées d’instaurer un droit des contrats supranational et non de constituer une « boîte à outils » pour le législateur européen¹¹³⁸, autour de l’Association Henri CAPITANT et de la Société de législation comparée. Ces deux projets concurrents¹¹³⁹ constituent sans aucun doute la phase la plus aboutie d’intégration de la prévisibilité aux seins des principes généraux du droit des contrats. Le *Draft Common Frame of Reference* doit être évoqué, et son importance apparaît d’autant plus grande malgré la défiance que semble lui manifester la doctrine française, que ce projet semble avoir la préférence de la Commission européenne dans la perspective d’une harmonisation des législations des pays membres en matière contractuelle¹¹⁴⁰. A propos de la place qu’il convenait de donner aux principes généraux les auteurs s’étaient interrogés lors de la publication de la version provisoire du D.C.F.R en 2008 pour déterminer « s’il serait utile d’inclure dans le D.C.F.R une partie distincte contenant un énoncé de principes et de valeurs fondamentales qui sous-tendent les règles modèles. Nous avons suggéré que cette partie pourrait être formulée sous forme de considérants, *i. e.* une liste introductive de motifs qui sous-tendent de façon essentielle la

¹¹³⁴ Pour un bref rappel historique : C. VON BAR, « Le groupe d’études sur un code civil européen », *RIDC* 1-2001, p. 127, spéc. p. 127-128. V. aussi : Y. LEQUETTE (s. la dir.), *Vers un Code civil européen ?*, Pouvoirs, 2003/4, p. 192.

¹¹³⁵ B. FAUVARQUE-COSSON, « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », *RDC* 2011, n°3, p. 1045.

¹¹³⁶ Cf. C. VON BAR, préc., p.127.

¹¹³⁷ V. not. : G. CORNU, « Un code civil n’est pas un instrument communautaire », *D.*2002.351 ; Ph. MALAURIE, « Le Code civil européen des obligations et des contrats, une question toujours ouverte », *JCP* 2002.I.110 ; Ph. MALINVAUD, « Réponse – hors délai – à la Commission européenne : à propos d’un Code européen des contrats », *D.*2002.2542 ; J. HUET, « Nous faut-il un « euro » du droit civil ? », *D.* 2002.2611 ; V. HEUZE, « A propos d’une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002.I.152 ; Y. LEQUETTE, « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.*2002.2202. V. aussi les textes rassemblés in : B. FAUVARQUE-COSSON, D. MAZEAUD (s. la dir.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2003.

¹¹³⁸ B. FAUVARQUE-COSSON, « Table ronde : Introduction générale sur le droit européen des contrats et le Cadre commun de référence », *RDC* 2009, n°2, p. 781.

¹¹³⁹ Cf. B. FAUVARQUE-COSSON, « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », *RDC* 2011, n°3, p. 1045, qui retrace l’élaboration en parallèle des deux projets et les enjeux politiques qui s’y attachent. V. aussi du même auteur : « Table ronde : Introduction générale sur le droit européen des contrats et le Cadre commun de référence », *RDC* 2009, n°2, p. 781. Pour une comparaison de fond V. du même auteur : « L’élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC* 2008, n°2, p. 527.

¹¹⁴⁰ « L’élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC* 2008, n°2, p. 527 et s.

substance du texte qui suit, ou au sein d'une préface séparée. Pour donner une idée de ce à quoi pourrait ressembler un énoncé de principes sous-jacents, surtout en ce qui concerne le droit des contrats, certains principes fondamentaux possibles ont été soulignés »¹¹⁴¹. Parmi les principes cités, figurent en bonne place la sécurité juridique¹¹⁴², la protection des attentes légitimes¹¹⁴³, la mise en œuvre de la responsabilité du contractant ayant créé un risque¹¹⁴⁴, et la prévisibilité¹¹⁴⁵.

Cette proposition a donné lieu à des appréciations contrastées¹¹⁴⁶, et le D.C.F.R s'est finalement orienté vers une inclusion noyée des principes, au sein même des règles qu'il énonce, plutôt que dans un bloc séparé et placé en exergue¹¹⁴⁷, prenant ainsi le contrepieds des *Principes contractuels communs* élaborés par l'Association Henri CAPITANT et la Société de législation comparée à l'occasion du Projet de cadre commun de référence.

284. La prévisibilité dans le Draft Common Frame of Reference – Le D.C.F.R¹¹⁴⁸ ne comprend donc pas d'énoncé préliminaire de principes directeurs. Ceux-ci sont néanmoins présents tout au long de l'énoncé des règles gouvernant le contrat, et l'on retrouve en particulier une présence remarquable du souci d'assurer la prévisibilité contractuelle au bénéfice des parties. Les auteurs suggèrent en effet que l'ensemble des principes soient ramenés à quatre termes fondamentaux : « *freedom, security, justice and efficiency* »¹¹⁴⁹. Le principe de loyauté disparaît en apparence, mais les auteurs précisent qu'il demeure comme le pendant subjectif chez l'autre partie de la « *security* » dont doit bénéficier le contractant : « la sécurité contractuelle d'une partie est augmentée par le fait qu'il est attendu de l'autre qu'il coopère et agisse conformément aux exigences de la bonne foi [la notion est rendue en anglais

¹¹⁴¹ C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (s. la dir.), *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition*, Sellier European law publishers, 2009, p. 10, n°12: « *In the Introduction to the Interim Outline Edition we asked readers to consider whether it would be useful to include in the DCFR a separate part containing a statement of basic principles and values underlying the model rules. We suggested that this part could possibly be formulated as recitals, i. e. an introductory list of reasons for the essential substance of the following text, or in a discursive preface. To give some idea of what a statement of underlying principles might look like, primarily in relation to contract law, some possible fundamental principles were outlined* ».

¹¹⁴² *Idem*, n°7: « *legal certainty* ».

¹¹⁴³ *Idem*, *ibid.*: « *protection of reasonable reliance* ».

¹¹⁴⁴ *Idem*, *ibid.*: « *the proper allocation of responsibility for the creation of risks* ».

¹¹⁴⁵ *Idem*, *ibid.*: « *predictability* ».

¹¹⁴⁶ *Idem*, n°12 : « *feedback was mixed* ».

¹¹⁴⁷ *Idem*, n°13.

¹¹⁴⁸ Pour une traduction française : J. GHESTIN, *Traduction française des trois premiers livres du DCFR*, Fondation pour le droit continental, 2008.

¹¹⁴⁹ Nous les mentionnons en anglais car les auteurs soulignent expressément que ces termes ne recouvrent pas exactement les notions françaises de liberté contractuelle, sécurité contractuelle et loyauté contractuelle qui sont mis en exergue dans le projet français.

par l'expression « *good faith and fair dealing* »]. Rien n'est plus nuisible à la sécurité contractuelle qu'un partenaire qui, dans le contrat, ne le fait pas: un partenaire qui triche et qui n'est pas digne de confiance, ou même un partenaire qui ne serait pas coopératif, peut être pire que pas de partenaire du tout »¹¹⁵⁰.

A propos de la sécurité contractuelle, le projet précise plus loin, dans une partie consacrée à l'explication des principes dont il procède qu'elle peut être compromise de diverses manières : « la manière la plus évidente est par les violations illégales de leurs droits et intérêts, mais aussi *par toute perturbation non prévue de ce qui avait été convenu*. La sécurité, en particulier dans la planification à long terme, est également menacée par l'incertitude pesant sur le résultat. La cause peut en être une législation inaccessible, confuse ou mal rédigée. Cela peut également être provoqué par l'imprévisibilité des autres. Exécuteront-ils leurs obligations? Le feront-ils correctement? Donneront-ils ce qui est attendu ou chercheront-ils à se libérer en faisant le minimum possible [l'expression anglaise est : « *attempt to cut corners and get away with the minimum possible* »] ? Sera-t-il difficile de travailler avec eux en raison de leur manque de coopération ? [expression difficilement traduisible au sens actif : « *Will they be uncooperative and difficult to work with?* »] Seront-ils en mesure de payer? Les mesures envisagées seront-elles efficaces si les choses se passaient mal ? »¹¹⁵¹. Le texte énumère ensuite les principales composantes du principe de sécurité contractuelle : force obligatoire, possibilité de forcer le contrat, respect du contrat par les tiers, faveur pour le contrat et loyauté dans l'exécution. A propos de la loyauté, les auteurs précisent ce qu'il convient d'entendre : « coopérer lorsque cela est nécessaire à l'exécution des obligations; *ne pas agir d'une manière incompatible avec les déclarations ou la conduite antérieure sur laquelle s'est fondée l'autre partie* »¹¹⁵². Le projet consacre également la protection des

¹¹⁵⁰ C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (s. la dir.), *op. cit.*, n°15 : « *One party's contractual security is increased by the fact that the other is expected to co-operate and act in accordance with the requirements of good faith and fair dealing. Nothing is more detrimental to contractual security than a contractual partner who does not do so: a cheating and untrustworthy partner, and even an unco-operative partner, may be worse than no partner at all* ». V. aussi, p.60 : « *one party's contractual security is enhanced by the other's duty to act in accordance with the requirements of good faith* » [« la sécurité contractuelle d'une partie est renforcée par le devoir de l'autre d'agir conformément aux exigences de la bonne foi »].

¹¹⁵¹ *Idem*, p.56 : « *The most obvious way is by unlawful invasions of their rights and interests or indeed by any unwanted disturbance of the status quo. Security, particularly in forward planning, is also threatened by uncertainty of outcomes. This can be caused by inaccessible or confusing or badly drafted laws. It can also be caused by the unpredictability of others. Will they perform their obligations? Will they do so properly? Will they give good value or attempt to cut corners and get away with the minimum possible? Will they be uncooperative and difficult to work with? Will they be able to pay? Are there effective remedies if things go wrong?* »

¹¹⁵² *Idem*, p. 56 : « [...] *to co-operate when that is necessary for performance of the obligations; not to act consistently with prior declarations or conduct on which the other party has relied* ». Nous soulignons.

attentes légitimes à tous les stades de la vie du contrat, comme une conséquence du principe de sécurité contractuelle¹¹⁵³.

Deux choses peuvent être relevées. D'une part la conception de la sécurité contractuelle telle que développée dans le D.C.F.R. se structure incontestablement autour de l'idée de *risque* : les règles découlant de ce principe doivent en effet viser à assurer aux parties un espace, sinon de certitude, du moins de prévisibilité quant à l'avenir sur lequel elles entendent s'accorder. Le risque personnel est de ce point de vue particulièrement mis en exergue, même si le texte consacre des développements substantiels à la question de l'imprévision et du changement imprévu de circonstances¹¹⁵⁴. Il s'agit ici de favoriser la confiance sous tous azimuts des parties, et en particulier leur confiance interpersonnelle en prévenant tout comportement imprévisible qui viendrait perturber la relation juridique qui s'est tissée entre elles. De ce point de vue, quoi qu'elle soit englobée dans l'enveloppe théorique de la sécurité contractuelle, c'est bien la prévisibilité en tant que telle qui se trouve consacrée comme principe fondamental¹¹⁵⁵.

D'autre part, on peut remarquer la différence manifeste dans l'approche retenue par rapport au projet français, et plus généralement par rapport à l'analyse doctrinale française dont nous relevions précédemment la tendance à toujours enfermer les mécanismes régulateurs du risque dans l'enveloppe conceptuelle de la bonne foi. La vision anglo-saxonne, fortement marquée par le pragmatisme et l'utilitarisme, a sans doute moins tendance à se référer à une morale contractuelle, au sens où le droit romano-germanique se veut l'héritier d'une certaine vision chrétienne des relations entre individus, fussent-elles juridiques ou économiques¹¹⁵⁶. De ce fait, le principe de prévisibilité, d'avantage marqué par la recherche d'une efficacité juridique, économique et sociale, que par celle d'une justification de l'agir humain en tant qu'être social, trouve naturellement plus à s'épanouir dans la totalité de ses composantes jusque-là évoquées.

285. La prévisibilité dans le Projet de cadre commun de référence – A la différence du D.C.F.R., les *Principes contractuels communs* de l'Association H. CAPITANT, s'ouvrent sur un « Titre I » consacré aux « Principes directeurs du droit européen des contrats », qui sont « des principes à valeur générale destinés à éclairer, en les rattachant à leur fondement, l'ensemble

¹¹⁵³ *Idem*, p. 57.

¹¹⁵⁴ V. not. p. 59 et s.

¹¹⁵⁵ Sous réserve des précisions qu'il conviendra d'apporter ultérieurement quant aux relations qu'entretient cette notion avec la possibilité, apparemment paradoxale, de se délier des prévisions contractuelles en cas de changement de circonstances (théorie de l'imprévision).

¹¹⁵⁶ On peut se référer à ce propos à l'ouvrage de M. WEBER : *L'Éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 2004, où l'auteur montre en quoi le protestantisme a constitué le substrat religieux idéal à l'émergence de la société capitaliste. *Contra* : F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Paris, Arthaud, 1985.

des dispositions des *Principes du droit européen du contrat* [...]. Il ne s'agit plus alors de proposer une solution pour chacune des questions du droit du contrat, mais de dégager les idées directrices qui, pour autant qu'elles participent d'une culture juridique commune, permettraient d'envisager la construction d'un droit européen du contrat »¹¹⁵⁷. L'élaboration de ces principes directeurs a été menée à partir du substrat que constituaient les P.D.E.C : on y retrouve non seulement le principe de loyauté contractuelle qui constitue le cœur des « devoirs généraux », mais aussi celui de liberté contractuelle, qui y est affirmée dans la section précédente. Le projet innove en revanche lorsqu'il inclue dans la trilogie des principes directeurs le principe de sécurité contractuelle qui, s'il n'apparaît pas explicitement dans les P.D.E.C, innerve cependant selon les auteurs « l'ensemble des autres dispositions »¹¹⁵⁸. Celui-ci se décline d'abord en des dispositions visant à assurer la force obligatoire des conventions (article 0 : 201), qui renvoi aux devoirs découlant du principe de loyauté¹¹⁵⁹, incluant par-là dans l'objectif de sécurité l'ensemble des implications comportementales qui s'induisent de la bonne foi, et notamment le devoir de collaborer (article 0 : 303) et celui de ne pas « agir en contradiction avec ses déclarations et comportements antérieurs, sur la foi desquels son cocontractant a pu légitimement se fonder », c'est-à-dire d'adopter un comportement cohérent et donc prévisible. A noter que l'article 0 : 302 comporte une disposition originale – dans sa formulation du moins : elle n'est en soi qu'une précision « de la portée de ce devoir [de bonne foi] au stade de l'exécution du contrat¹¹⁶⁰ – qui, là encore, est une référence directe à l'exigence de prévisibilité : « les parties ne peuvent se prévaloir des droits et clauses contractuels que dans le respect du but qui en a justifié la stipulation ». Il s'agit pour les parties de « ne pas se prévaloir d'une clause au seul prétexte qu'elle figure au sein du contrat, si la mise en œuvre d'une telle clause est en contradiction avec l'économie du contrat ou avec le comportement de celui qui l'invoque »¹¹⁶¹.

Le principe de sécurité contractuelle comporte également une référence évidente au devoir pour les tiers de respecter la situation créée par le contrat, ce qui l'isole des risques personnels externes¹¹⁶². Et il dispose également d'un « droit à l'exécution » en vertu duquel « chacune des parties peut exiger l'exécution de son cocontractant *telle qu'elle a été prévue par le*

¹¹⁵⁷ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (s. la coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association H. CAPITANT, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, 2008, p. 19.

¹¹⁵⁸ *Idem, ibid.*

¹¹⁵⁹ Article 0 : 201 alinéa 2 : « Outre l'exécution des obligations du contrat, chacune des parties est tenue de respecter les devoirs qui s'induisent du principe de loyauté contractuelle ».

¹¹⁶⁰ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (s. la coord.), *op. cit.*, p. 159.

¹¹⁶¹ *Idem, ibid.*

¹¹⁶² Cf. *supra*. n°205 et s.

contrat »¹¹⁶³. La conséquence de cette obligation d'exécuter de façon prévisible le contrat, est notamment que le principe demeure l'exécution en nature de l'obligation de préférence à l'exécution par équivalent¹¹⁶⁴. Là encore apparaît une attention particulière portée à la prévisibilité de la relation au niveau des principes directeurs de la matière, conduisant à exclure ou limiter, en tout cas réguler, tout ce qui pourrait contribuer à créer un risque dont l'imprévisibilité serait néfaste pour les parties.

§2 : La prévisibilité dans le processus de réforme du droit des contrats

286. L'Avant-projet CATALA – Sous le patronage de l'Association Henri CAPITANT et avec le soutien de la Chancellerie, un groupe d'universitaires s'est attelé à partir de 2003 à élaborer un *Projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*. Celui-ci ne comprend pas de partie préliminaire qui rassemblerait des principes fondamentaux structurant les règles qu'il énonce. De tels principes existent pourtant, mais il convient de les rechercher au sein des règles elles-mêmes dont elles sont un fondement non explicite, mais essentiel pour assurer la cohérence de l'ensemble¹¹⁶⁵. Les auteurs soulignent en particulier un triptyque principiel¹¹⁶⁶ composé de l'affirmation du pouvoir de la volonté, de la loyauté qui constitue un « contrepoids générateurs de sécurité juridique et de la solidarité »¹¹⁶⁷, et d'un esprit de solidarité qui « porte la loi civile à secourir la partie la plus faible par des dispositions générales [...] »¹¹⁶⁸. Le devoir de loyauté ainsi affirmé sert ainsi de support tant à une régulation des comportements (article 1104 relatif aux négociations contractuelles, article 1134 relatif à l'exécution du contrat, article 1176 relatif à l'accomplissement de la condition), qu'à une obligation faite à celui qui connaît une information qu'il sait déterminante du consentement de l'autre partie de la lui partager pour peu que son ignorance soit légitime ou qu'il ait fait légitimement confiance à celui qui savait l'information (article 1110¹¹⁶⁹). La prévisibilité ne se trouve donc pas affirmée en tant que telle comme principe directeur, mais elle apparaît bien en creux dans le projet à travers l'affirmation classique du principe de bonne foi qui en constitue une « ligne de force »¹¹⁷⁰ ou une « orientation de fond »¹¹⁷¹.

¹¹⁶³ Article 0 : 202. Nous soulignons.

¹¹⁶⁴ B. FAUVARQUE-COSSON et D. MAZEAUD (s. la coord.), *op. cit.*, p. 88.

¹¹⁶⁵ P. CATALA (s. la dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006, V. « Introduction », n°7.

¹¹⁶⁶ *Idem*, p. 5 et s., n°7.

¹¹⁶⁷ *Idem*, p. 6 et 9.

¹¹⁶⁸ *Idem, ibid.*

¹¹⁶⁹ La mention de la bonne foi n'est pas ici explicite, mais les auteurs y renvoient expressément : *idem*, p. 6 et 9.

¹¹⁷⁰ *Idem*, p. 5.

287. Projet TERRE – A l’instar de son concurrent, le projet rédigé sous l’égide de l’Académie des sciences morales et politiques ne comprend pas de partie consacrée à des principes directeurs, mais il « contient quand même des règles générales qui doivent gouverner le contrat »¹¹⁷². Ces règles générales sont la liberté contractuelle, le respect des droits et libertés fondamentaux, et « l’interdiction d’agir en contradiction avec les déclarations et comportements sur la foi desquels le cocontractant s’est légitimement fondé »¹¹⁷³. C’est donc le principe de cohérence, ou encore l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui qui se trouve ici élevée au rang de principe, dans la mesure où il intègre un ensemble de normes générales qui vont guider et structurer l’élaboration du système de règles gouvernant le contrat. On remarquera ici l’absence de la bonne foi, qui si elle n’est pas citée de façon explicite, se retrouve néanmoins dans ses aspects régulateurs du risque personnel à travers le principe susmentionné qui oblige le contractant à adopter un comportement prévisible, c’est-à-dire respectant la confiance du cocontractant tel que le doit un individu loyal dans ses relations avec autrui.

288. Les projets de réforme de la Chancellerie (2008 et 2015) – S’éloignant en cela de l’*Avant-projet CATALA* dont il s’inspire par ailleurs grandement, le projet de la Chancellerie de 2008 prévoyait l’insertion en exergue de la partie du Code relative au droit des contrats, d’un « chapitre II » consacré aux « Principes directeurs ». S’y retrouvent la liberté contractuelle (articles 15 et 16), la force obligatoire (article 17) et la bonne foi (article 18). A travers la distinction marquée entre la force obligatoire et le principe de bonne foi, l’exigence de prévisibilité dans ses implications *personnelles* – c’est-à-dire tenant au risque que fait peser le comportement des parties sur le contrat – se trouvait consacrée en tant que principe directeur du contrat. L’article 17 disposait en effet : « le contrat légalement formé s’impose aux parties qui ne peuvent ni le révoquer ni le modifier unilatéralement. Chacune d’elles peut exiger de son cocontractant l’exécution de son obligation *telle qu’elle a été prévue par le contrat* ». Cette forme n’est pas reprise dans le projet d’ordonnance publié le 25 février 2015, où seule apparaît la bonne foi, sans plus de qualification de « principe directeur », noyée au sein d’un « Chapitre préliminaire » où se retrouvent tant l’affirmation du principe de liberté contractuelle que les diverses définitions des catégories contractuelles. Ce même schéma était celui de l’Ordonnance du 10 février 2016 et se retrouve aujourd’hui dans le Code civil

¹¹⁷¹ *Idem*, p. 9.

¹¹⁷² J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 106.

¹¹⁷³ *Idem*, *ibid.*

réformé, où l'on trouve au sein d'un « Chapitre premier : disposition liminaires » l'affirmation de la liberté contractuelle (article 1102), de la force obligatoire des conventions (article 1103) et de la bonne foi (article 1104), qui couvre certes désormais l'ensemble du temps contractuel, mais dont on peut regretter qu'elle n'ait pas été plus mise en perspective avec le principe précédent de force obligatoire, affirmé du reste dans une formule classique puisqu'elle reprend quasi mot pour mot l'ancien article 1134 du Code civil.

289. Bilan de la réforme du droit français des contrats – En ce qui concerne l'affirmation d'un principe de prévisibilité contractuelle, la réforme opérée en 2016, considérée dans la perspective de la longue réflexion doctrinale dont elle constitue l'aboutissement, apparaît contrastée, tout à la fois enthousiasmante et décevante.

D'une part il est indéniable que l'exigence de prévisibilité se retrouve, au moins dans l'esprit des différents projets successifs, que ce soit sous les apparences de la *bonne foi*, ou de façon plus moderne sous les espèces du *devoir de cohérence*. Il y a là une prise de conscience manifeste de la nécessité de structurer – au moins en partie – le droit des contrats autour de l'idée d'une régulation du risque qu'appelle la nature même de l'acte contractuel, et cela doit être salué.

D'autre part, le droit français apparaît toujours conditionné par un prisme moral déformant, qui contraint la régulation du risque dans les limites de concepts dont l'usage resté malaisé. Enfermer l'exigence de prévisibilité dans l'enveloppe conceptuelle de la bonne foi revient à se priver de tout un pan de la régulation – à destination du risque exogène notamment – qui gagnerait pourtant à être unifié sous l'égide d'un seul et même principe. Une certaine incohérence persiste – on exige des parties qu'elles s'exécutent loyalement, mais on réserve la possibilité de se désengager en cas de changement de circonstances qui ne rendent pourtant pas impossible¹¹⁷⁴ l'exécution ?... – car l'on se cantonne à une analyse purement subjective de l'acte, sans guère le considérer dans son pendant naturel qui est la répercussion qu'il a sur la situation du cocontractant. De ce point de vue, un projet comme le D.C.F.R apparaît beaucoup plus réaliste et efficient qui pose le devoir de loyauté comme le pendant subjectif chez l'autre partie du principe de sécurité contractuelle qui porte tant sur le risque personnel qu'impersonnel. Il semble qu'il y ait là une certaine logique dont le droit français pourrait s'inspirer avec profit.

¹¹⁷⁴ Car dans ce cas l'adage prévaut : « à l'impossible nul n'est tenu » !

290. Conclusion de la sous-section 2 relative à une émancipation souhaitable – Divers projets de codification européens font apparaître une intégration de la prévisibilité comme norme à valeur principielle du droit des contrats. En outre, il apparaît que de nombreuses propositions de codification qui ont précédé la réforme du droit des contrats opérée en 2016 procédaient à cette même intégration, mais de façon moins explicite. Les projets de la Chancellerie apparaissaient sur ce point comme les plus aboutis, qui intégraient une partie consacrée aux principes directeurs de la matière. Cette insertion n’a pourtant pas été retenue par l’ordonnance du 10 février 2016, qui n’intègre la prévisibilité que comme une notion intégrée au sein d’autres mécanismes, et sans que ceux-ci puissent se prévaloir d’une qualification formelle de *principe*.

291. Conclusion de la section 1 relative à une hétéronomie persistante – L’état actuel du droit positif fait apparaître une persistance du rattachement de la prévisibilité à des mécanismes préexistants, ce qui lui dénie *a priori* l’autonomie nécessaire à son éventuelle qualification de principe du droit des contrats. A tout le moins, il semble possible de relever son intégration, à travers lesdits mécanismes, dans la nouvelle législation, qui a en outre instauré des mécanismes juridiques nouveaux dédiés à cette même prévisibilité. En outre, la jurisprudence a eu l’occasion de consacrer, soit de manière implicite, soit même de manière explicite (le principe de cohérence) certaines des notions qui constituent le « véhicule » de la prévisibilité contractuelle au rang de véritables principes du droit des contrats. Par ce biais, il est possible de considérer qu’à défaut de reconnaissance formelle de la prévisibilité comme principe autonome, celle-ci se voit hissée à ce niveau de la hiérarchie des normes en tant que composante essentielle des notions ainsi promues. Les incitations que l’on peut constater, tant dans les entreprises de codification savantes que dans la production doctrinale qui a précédé la réforme du droit des contrats inclinent à penser que l’évolution vers une autonomie de la prévisibilité comme principe à part entière pourrait être opportune. Elle le serait d’autant plus d’ailleurs qu’elle semble apte à satisfaire les conditions d’une définition *matérielle* des principes juridiques...

Section 2 : Une autonomie possible

292. Introduction – Malgré l’absence de reconnaissance *formelle* de la prévisibilité comme constituant un principe du droit des contrats, il semble que cette qualification puisse lui être attribuée au vu de la définition *matérielle* d’un tel principe.

Pour l’Académie, *définir* consiste à « déterminer avec précision et clarté l’ensemble des caractères d’une chose »¹¹⁷⁵, de façon à « délimiter, borner »¹¹⁷⁶ un mot, une notion, par rapport aux notions voisines. Définir consiste donc, selon les mots d’EISENMANN, à « délimiter, c’est-à-dire séparer, [...] situer et opposer *pour individualiser* »¹¹⁷⁷. Faire entrer la prévisibilité contractuelle dans la catégorie des principes du droit des contrats implique alors de déterminer en quoi l’exigence de prévisibilité contractuelle telle qu’aperçue jusqu’à présent au travers du droit positif se rattache bien conceptuellement à cette catégorie, en la confrontant à ses éléments caractéristiques.

Or un principe se définit sur le plan matériel par rapport *aux caractéristiques propres de l’énoncé normatif*. Celui-ci doit en effet, non seulement occuper *une place élevée dans le système juridique*, laquelle peut se déduire de la cohérence logique à laquelle il participe (**sous-section 1**), mais encore être doté *d’un certain dynamisme* sur un plan théorique. Le principe a en effet pour fonction, par la généralité et la portée conceptuelle de son énoncé, d’insuffler *un sens, une orientation, une direction* à un ensemble normatif qui sans cela se trouverait dépourvu d’assise idéologique (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La qualification de principe

293. Introduction – Qualifier une norme juridique de *principe* revient à la considérer en situation, *par rapport à l’organisation, à la structure globale de l’ordre juridique dans lequel elle s’insère* et dont elle doit occuper le sommet de la chaîne logique.

Il importe donc d’identifier dans un premier temps les normes du droit des contrats pouvant prétendre à une telle qualification (§1), quand bien même le droit positif issu de la réforme se refuse à reconnaître formellement de tels principes. La prévisibilité contractuelle apparaît alors apte à s’insérer parmi ces principes (§2).

¹¹⁷⁵ *Dictionnaire de l’Académie française*, V° *définir*.

¹¹⁷⁶ F. GAFFIOT, *Dictionnaire abrégé Latin-Français*, V° *definire*.

¹¹⁷⁷ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *APD*, Sirey, 1966, p. 25.

§1 : Les principes généraux du droit des contrats

294. Tout système juridique est un ordre – Tout système juridique, qu’il soit appréhendé de façon générale ou sous l’angle particulier du domaine qu’il entend régir, est un *ordre*¹¹⁷⁸, c’est-à-dire une « disposition régulière des choses les unes par rapport aux autres » ou encore la « relation nécessaire qui règle l’organisation d’un tout en ses parties »¹¹⁷⁹. La production normative¹¹⁸⁰, comme la mise en œuvre du droit¹¹⁸¹, manifestent cet ordre, tout comme d’ailleurs le discours savant à travers lequel la doctrine organise, structure et insuffle une cohérence théorique à des règles parfois disparates. L’on sait depuis KELSEN que l’ensemble des normes qui composent un système juridique est organisé, hiérarchisé, de façon *formelle* certes, chaque norme tirant sa validité de sa conformité à la norme qui lui est supérieure, mais aussi de façon *matérielle*, puisque le système juridique s’avère composé de normes plus ou moins générales ou spéciales¹¹⁸². Un auteur souligne que « les normes qui régissent une société doivent, pour constituer un système cohérent, être organisées entre elles, selon un ordre déterminé qui assigne à chacune sa place parmi les autres. Il semble, malgré la diversité de structure des différents systèmes de droit, qu’il y ait toujours une hiérarchie entre les différentes règles qu’ils comportent »¹¹⁸³. L’idée même d’ordre juridique implique une telle hiérarchisation matérielle des normes, indispensable à l’activité d’interprétation et d’application du droit par le juge¹¹⁸⁴.

295. Le principe : élément supérieur de l’ordre juridique – Le terme « principe » vient du latin *primus*¹¹⁸⁵. Les *principes* constituent une catégorie particulière de normes¹¹⁸⁶ qui, selon

¹¹⁷⁸ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 12. V. aussi G. CORNU, *Introduction, in. Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005, p. 9 : « les obligations forment une théorie à cause de l’ordre mis dans ces concepts pour la pratique », ordre qui passe par la présence d’« orientations de fond » que l’auteur énumère : liberté contractuelle, force obligatoire, justice contractuelle, bonne foi, etc.

¹¹⁷⁹ *Dictionnaire de l’Académie française*, V° Ordre.

¹¹⁸⁰ On voit ainsi tel ou tel système de droit souvent organisé en droit commun et en droits spéciaux...

¹¹⁸¹ Ainsi de l’adage « *specialia generalibus derogant* ».

¹¹⁸² J-L BERGEL, *op. cit.*, n°70 et s.

¹¹⁸³ *Idem*, n°70.

¹¹⁸⁴ On retrouve cette idée dans la théorie de la règle de reconnaissance de HART (H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e éd., 1994. V. en français : trad. de M. VAN DE KERCHOVE, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2005). V. not. : Ph. GERARD, « L’idée de règle de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *RIEJ* 2010/2, p. 245.

¹¹⁸⁵ V. not. : P. MORVAN, « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », conférence donnée le 4 avril 2006 à la Cour de cassation dans le cadre du Cycle *Droit et technique de cassation 2005-2006*, n°1 et s.

¹¹⁸⁶ *Contra* : M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 163 et s. On peut s’interroger sur l’effet néfaste de la multiplication contemporaine des normes juridiques appelées « principes », alors même qu’elles ne présentent pas les caractères de généralité et de suprématie matérielle que l’on s’attachait traditionnellement à reconnaître à cette

BOULANGER, présente avec les simples règles « non seulement une inégalité d'importance mais aussi une différence de nature »¹¹⁸⁷. Ils seraient une « source constante d'inspiration pour le jurislatureur, [qui] irrigueraient les autres règles. Au minimum, il serait toujours possible, à partir de dispositions éparses, de remonter vers eux comme vers un corps de normes fondatrices. Ainsi perçus, les principes sont donc censés posséder *un rôle régulateur et assurer la cohérence de l'ensemble du système*. Si un doute survient à l'occasion de l'application d'une règle, il conviendrait de se référer aux principes pour procéder à l'interprétation [...] »¹¹⁸⁸. Les principes apparaissent bien de ce fait comme des normes d'un genre particulier, placées au sommet de la hiérarchie logique qui assure le fonctionnement du système juridique *en l'organisant en un ordre cohérent de prescriptions*. Selon les mots d'un auteur, qui s'inscrit néanmoins en faux contre cette analyse, « comparés aux autres normes, les principes seraient plus généraux, plus abstraits et transcendants »¹¹⁸⁹, norme fondamentale qui ne se déduit d'aucune autre¹¹⁹⁰, « règle première, cardinale, fondamentale, cadre et susceptible, partant, d'être déclinée en de multiples normes ou sous-principes »¹¹⁹¹. Selon un autre, « les principes généraux constituent la base de toute construction juridique. Les règles de droit ne peuvent être édictées et évoluer qu'en fonction des principes généraux auxquels elles doivent se conformer ou, parfois, peuvent déroger »¹¹⁹².

La référence aux principes comble les lacunes du droit¹¹⁹³ en offrant au juge une faculté de dépassement¹¹⁹⁴ de la stricte injonction normative¹¹⁹⁵, en même temps qu'elle lui permet d'appliquer celles-ci *selon une certaine orientation idéologique en intégrant dans le processus de validation des normes une référence à des valeurs externes au droit lui-même*.

catégorie, et qui s'implique du reste de la nature même des choses : il n'est de principe que ce qui est premier et suffisamment englobant pour être placé au-dessus d'un ensemble de normes subordonnées. Cf. Ph. DUPICHOT, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013.387.

¹¹⁸⁷ J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Etudes Ripert : le droit privé français au milieu du XXème siècle*, t. I, LGDJ, 1950, p. 51.

¹¹⁸⁸ M. DE BECHILLON, *La notion de principe général en droit privé*, préf. B. SAINTOURENS, PUAM, 1998, p. 218. L'auteur néanmoins s'inscrit en faux contre cette vision des choses. V. aussi les développements que consacre M. le Professeur MORVAN à cette vision des choses, qu'il qualifie de « mimétisme » de la part de la doctrine privatiste à l'égard des publicistes (préc., n°4).

¹¹⁸⁹ M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p.216.

¹¹⁹⁰ H. BUCH, « La nature des principes généraux du droit », in *Rapports belges au VI^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1962, p. 55 et s.

¹¹⁹¹ Ph. DUPICHOT, préc., n°2.

¹¹⁹² J-L BERGEL, *op. cit.*, n°84.

¹¹⁹³ *Idem*, p. 111.

¹¹⁹⁴ Voire même ils peuvent constituer un instrument subversif en paralysant l'action du droit ou en jouant le rôle d'un échappatoire : V. not. M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 144 et s.

¹¹⁹⁵ La référence à un principe général d'équité se trouve ainsi au fondement de la consécration par la jurisprudence de l'action *de in rem verso* (Req. 15 juin 1892 : *G.A.J.C.*, n°241 ; *DP*.92.1.596 ; *S*.93.1.281, note LABBE ; Cass. civ. 2 mars 1915 : *G.A.J.C.*, n°242 ; *DP*.1920.1.102).

En effet, selon Michel VILLEY, « toute définition du droit résulte d'une philosophie »¹¹⁹⁶ : un droit autoréférentiel serait ainsi condamné à une certaine stérilité, voire à d'inquiétantes déviations, puisque délié d'accroche au réel¹¹⁹⁷. Cette idée se retrouve indubitablement au fondement de divers principes généraux existants, et les exemples peuvent être multipliés. Ainsi de l'action *de in rem verso* : dans sa fameuse décision du 15 juin 1892 (*Boudier c/ Paureau-Mirand*), la Cour de cassation constate l'absence de texte sur l'enrichissement sans cause, et fonde le mécanisme *technique* de revendication de l'avantage indument perçu par autrui, sur l'idée quasi philosophique – car directement liée à une certaine conception de la Justice (qui n'est pas sans rapport avec le principe romain du *suum quique tribuere* qui fonde la justice distributive) – de l'équité¹¹⁹⁸. Un exemple plus récent peut être trouvé dans la fameuse décision de la Cour de cassation du 29 octobre 2014 « *Our body* ». Les juges du fond avaient prononcé la nullité d'un contrat d'assurance conclu le 7 novembre 2008 à l'occasion d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines. Or les demandeurs soutenaient que cela revenait à appliquer rétroactivement à leur contrat l'article 16-1-1 du code civil¹¹⁹⁹, issu de la loi du 19 décembre 2008. La Cour a rejeté l'argument au motif que « *le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi n° 2008-1350 du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du code civil ; qu'ayant relevé que le contrat d'assurance souscrit le 7 novembre 2008 par la société [...] avait pour objet de garantir les conséquences de l'annulation d'une exposition utilisant des dépouilles et organes de personnes humaines à des fins commerciales, la cour d'appel en a exactement déduit que, bien qu'ayant été conclu avant l'entrée en vigueur de l'article 16-1-1 précité, le contrat litigieux avait une cause illicite et, partant, qu'il était nul* »¹²⁰⁰.

Au-dessus de la règle, il est donc possible d'identifier un certain « substrat », qui doit en être dissocié en ce qu'il la fonde selon la célèbre formule du juriste PAUL : « *non ex régula jus fiat sed ex jure regula sumitur* »¹²⁰¹, et qu'expriment un certain nombre de notions désormais

¹¹⁹⁶ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Quadrige, 2009, p. 56.

¹¹⁹⁷ V. B. BEIGNIER et C. BLERY, A-L. THOMAT-RAYNAUD, *Introduction au droit*, LGDJ, 2016, spéc. p. 34 et s.

¹¹⁹⁸ La Cour énonce en effet : « attendu que cette action dérivant du principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui et n'ayant été réglémentée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée » (cf. *G.A.J.C.*, p. 521).

¹¹⁹⁹ « Le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence ».

¹²⁰⁰ Civ. 1, 29 octobre 2014, n°13-19729, « *Our body* », Bull. civ. I, n° 178 (nous soulignons) : *D.2015.242*, note SOLVEIG-ÉPSTEIN ; *idem*, p. 246, note D. MAINGUY ; *idem*, p. 535, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; *RTDCiv.2015.102*, note J. HAUSER ; *Gaz. Palinéa*2014.3685, obs. PRIEUR ; *JCP G* 2014.1170, obs. G. LOISEAU ; *idem*, n°306, obs. G. LOISEAU.

¹²⁰¹ « Ce n'est pas de la règle que le droit découle, mais du droit que découle la règle », PAUL (IIIe s. ap. J.C).

largement usitées par la jurisprudence contemporaine, tels les principes généraux du droit¹²⁰², dont la jurisprudence administrative considère qu'ils s'appliquent « même en l'absence de texte »¹²⁰³.

296. Les principes généraux en droit des contrats – Le modèle déductif précédemment décrit se retrouve en droit des contrats. Sa cohérence d'ensemble est assise sur un certain nombre de valeurs, non directement efficaces sur un plan juridique, mais qui constituent des « propositions fondamentales et directrices »¹²⁰⁴, des lignes de force¹²⁰⁵, qui vont structurer la matière. Le *principe* prend alors la forme d'une « directive de portée générale, irriguant et dominant la matière, incarnant une certaine conception du contrat, reflétant un parti pris initial »¹²⁰⁶. L'introduction du *Draft Common Frame of Reference*¹²⁰⁷ prend ainsi soin de placer les développements normatifs qu'elle contient à l'ombre d'un certain nombre de principes fondamentaux¹²⁰⁸ qu'elle présente de la façon suivante : « le mot « principe » apparaît occasionnellement dans les communications de la Commission [...], mais avec le préfixe "fondamental" accolé. Cela donne à penser qu'il peut avoir été utilisé pour désigner des valeurs de base essentiellement abstraites. Les règles types reposent évidemment toujours sur des principes fondamentaux, qu'ils soient ou non déclarés. Il ne peut y avoir aucun doute sur leur importance »¹²⁰⁹. Une illustration parmi d'autres peut être trouvée dans le principe, souvent invoqué, de liberté contractuelle. Jusqu'à la réforme de 2016¹²¹⁰, le droit français ne le consacrait pas expressément, si ce n'est en creux, à travers les limites qui viennent en borner l'exercice¹²¹¹. La liberté contractuelle constitue pourtant un fondement essentiel du droit des contrats, un « principe général »¹²¹², qui irrigue l'ensemble de la matière, tout en trouvant une efficacité, non en tant que tel, mais à travers les mécanismes juridiques dont il

¹²⁰² B. BEIGNIER et C. BLERY, *op. cit.*, n°2.

¹²⁰³ CE, Ass. 26 octobre 1945, *Aramu* (préc. cf. n°277).

¹²⁰⁴ Ph. DUPICHOT, préc., n°3.

¹²⁰⁵ *Idem, ibid.*

¹²⁰⁶ C. PERES, « 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.2009.381, n°1.

¹²⁰⁷ V. J. GHESTIN, « Traduction française des trois premiers livres du DCFR réalisée avec le soutien de la Fondation pour le droit continental (*Civil Law initiative*) », in. *RDC* 2010.213.

¹²⁰⁸ Le texte évoque des « *Fundamental principles* ».

¹²⁰⁹ C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (s. la dir.), *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition*, Sellier European law publishers, 2009, p. 10 : « the word 'principles' surfaces occasionally in the Commission communications [...], but with the prefix 'fundamental' attached. That suggests that it may have been meant to denote essentially abstract basic values. The model rules of course build on such fundamental principles in any event, whether they are stated or not. There can be no doubt about their importance ».

¹²¹⁰ L'article 1102 du Code civil comble désormais cette lacune. V. C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 72.

¹²¹¹ P. MALAURIE, L. AYNES et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.*, n°455.

¹²¹² V. C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 72.

constitue le fondement. La liberté contractuelle apparaît donc plus comme *un objectif* que comme une véritable règle juridique, aux confins du droit qu'il inspire et de considérations extra-juridiques¹²¹³ autour duquel il structure la matière. Cette idée des principes comme « propositions directrices auxquelles tout le développement ultérieur est subordonné »¹²¹⁴, les place donc résolument au sommet de l'ordre juridique, et permet « d'affirmer par un corps de principes énoncés au-delà d'une légalité et d'une réglementation excessivement contingentes et instables, la continuité et la cohérence du système juridique »¹²¹⁵.

Les *Principes de droit européen des contrats*¹²¹⁶ consacrent ainsi la liberté contractuelle dans un chapitre liminaire intitulé « Dispositions générales »¹²¹⁷. Il en va de même pour les *Principes UNIDROIT*¹²¹⁸, pour lesquels « le droit des opérateurs commerciaux de décider en toute liberté à qui offrir leurs marchandises ou services et de qui les recevoir, ainsi que la possibilité pour eux de s'entendre librement sur les dispositions de chaque contrat, sont les pierres angulaires d'un ordre économique international ouvert, orienté vers le marché et concurrentiel ».

La sécurité juridique ou la bonne foi, la protection de la confiance légitime, par leur amplitude conceptuelle, répondent aussi indéniablement à cette analyse. Or tous ces « principes » entendent d'une manière ou d'une autre assurer une régulation du risque contractuel. Il apparaît alors qu'existent plusieurs notions, qui constituent de véritables principes généraux, soit qu'ils aient été consacrés comme tels par le législateur ou par la jurisprudence¹²¹⁹, soit qu'ils s'infèrent de la logique même du système juridique considéré¹²²⁰, *mais qui demeurent juxtaposés* sans qu'il soit possible de proposer une hiérarchisation théorique en raison de la diversité des domaines dans lesquels ils sont appelés à fonder la régulation des risques.

297. Les principes généraux dans l'ordonnance du 10 février 2016 – L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit dans le code civil un chapitre 1^{er} intitulé « Dispositions liminaires », comportant un certain nombre de dispositions générales de nature définitoire (articles 1101,

¹²¹³ M. le professeur MALAURIE souligne ainsi que « liberté contractuelle et consensualisme sont tous deux en relations avec l'autonomie de la volonté, principe philosophique selon lequel la volonté humaine peut constituer à elle-même sa propre loi » (*op. cit.*, n°455).

¹²¹⁴ A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010, V° *principe* (cité par J-L BERGEL, *op. cit.*, n°75).

¹²¹⁵ B. OPPETIT, « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *Cah. dr. entr.* n° 5, 1989.16.

¹²¹⁶ G. ROUHETTE (s. la dir.), *Principes du droit européen du contrat (version française)*, Société de législation comparée, 2003.

¹²¹⁷ Article 1 : 102.

¹²¹⁸ Article 1.1.

¹²¹⁹ M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 45 et s.

¹²²⁰ C'est le cas semble-t-il du principe de confiance légitime, ou même de celui de cohérence contractuelle avant sa consécration formelle par la jurisprudence.

et 1105 à 1111-1 du Code civil), ou principielle (1102 à 1105 du Code civil). Les auteurs du *Rapport au Président de la République* soulignent néanmoins que « contrairement à certains projets européens, l'ordonnance n'a pas opté pour un chapitre préliminaire consacré aux "principes directeurs" du droit des contrats. Le choix a été fait de s'inspirer du titre de l'actuel chapitre Ier du titre III du code civil, intitulé "Dispositions préliminaires", afin de signifier que les règles générales ainsi posées [...] *bien que destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur à celles qui suivent* et sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru : il s'agit bien plutôt *de principes destinés à faciliter l'interprétation de l'ensemble des règles applicables au contrat, et au besoin à en combler les lacunes*. L'adjectif « liminaire » a toutefois été préféré, *compte tenu de l'importance des dispositions situées dans ce chapitre*. Par ailleurs, le titre de ce chapitre correspond parfaitement à son contenu, qui dépasse les seuls grands principes du droit des contrats pour proposer des définitions du contrat en général et de différents types de contrats ».

Au sein de cette partie apparaissent comme principes : la liberté contractuelle (article 1102), la force obligatoire des conventions (article 1103), la bonne foi (article 1104) et la règle *specialia generalibus derogant* (article 1105). Nulle part n'apparaît la prévisibilité en tant que telle. Mais aux termes même du rapport, le législateur n'a entendu donner là que des clefs d'interprétation : il s'en suit qu'il convient donc que cette partie liminaire n'ayant pas vocation à énoncer les principes généraux du droit des contrats, l'absence de la prévisibilité au sein de ses dispositions ne saurait influencer sur l'opportunité de la qualifier ainsi... Au contraire, il convient de la rechercher ailleurs, de façon non point explicite, mais transversale et souvent implicite.

B) La prévisibilité dans les principes généraux du droit des contrats

298. Place de l'exigence de prévisibilité au sein des principes généraux – Il est certain que l'exigence de prévisibilité contractuelle transparait dans un certain nombre de principes, ou de mécanismes juridiques qui sont eux-mêmes présentés comme des manifestations de principes plus généraux : principe de sécurité juridique, de bonne foi¹²²¹, de cohérence, de confiance légitime. Mais n'est-elle pas elle-même l'une de ces normes suffisamment élevées dans l'ordonnement juridique pour être qualifiée de principe ? L'enjeu de cette qualification est

¹²²¹ V. par ex. : M-C PUJOL-REVERSAT, « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *RTDEur*.2009.201.

évidemment considérable. En effet, alors que l'exigence de prévisibilité contractuelle apparaît à l'heure actuelle comme une simple mesure technique inspirée et dotée d'une certaine effectivité *par référence à des principes plus généraux*, l'élévation de cette notion elle-même au rang de principe général permettrait de renverser la logique qui préside à la mise en œuvre d'un environnement propice à la prévision contractuelle : ce serait alors dans le principe même de prévisibilité que les manifestations subordonnées que sont la sécurité juridique, la protection de la confiance ou des attentes légitimes, l'imposition de comportements de bonne foi, trouveraient leur cohérence, leurs limites et les critères de leur effectivité.

Sur un plan purement théorique, l'idée d'ordre juridique ne semble pas s'opposer à l'établissement d'un système au sein duquel divers principes puissent s'exprimer à travers des déclinaisons techniques spécifiques *tout en étant articulés les uns avec les autres par un rapport de déductions successives*¹²²². Ainsi du principe de bonne foi ou de loyauté, que l'article 1104 du code civil étend désormais à toute la vie du contrat, dont vont découler certaines règles purement techniques (devoir d'information) mais aussi le principe subséquent de cohérence contractuelle¹²²³, lui-même mis en œuvre à travers un certain nombre de mécanismes purement techniques.

299. Quelle effectivité pour un principe de prévisibilité contractuelle ? – L'intérêt d'élever l'exigence de prévisibilité contractuelle au rang de principe du droit des contrats est étroitement lié à l'existence d'une effectivité particulière attachée à cette qualification : il deviendrait alors possible, plaçant cette notion au sommet du système normatif appelé à gouverner le phénomène contractuel, *de conformer l'ensemble des principes subséquents et les simples règles techniques qui en découlent aux exigences conceptuelles impliquées par cette norme de nature supérieure*. Dans le cas contraire, il n'y aurait finalement là que de stériles querelles de mots, chaque norme, quoique placée esthétiquement à l'ombre d'une

¹²²² On a pu ainsi faire découler du « principe » d'autonomie de la volonté un certain nombre de principes dérivés (J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°99) aux implications plus spéciales quoi qu'encore dénuées de réelle technicité : force obligatoire des conventions (*idem*, n°102), consensualisme, liberté contractuelle (MM. les Professeurs FLOUR, AUBERT et SAVAUX notent que « cette liberté contractuelle est si importante qu'on la confond parfois avec l'autonomie elle-même. En réalité, comme pour le consensualisme, l'autonomie est le principe premier, d'où dérive, au second degré, la liberté contractuelle : *op. cit.*, n°101), effet relatif des contrats. « Ces facultés sont impliquées dans l'idée même d'autonomie, nul ne pouvant être obligé que s'il l'a voulu, et dans les conditions où il l'a voulu » (*idem*, V. p. 88, note 6.). Au stade le plus inférieur, qui est celui de la *règle*, il est possible d'identifier les déclinaisons techniques que sont la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution, la prohibition des modifications unilatérales du contrat, théorie des vices du consentement et mise en œuvre de la nullité des conventions en cas de malformation ou d'absence de celui-ci, etc.

¹²²³ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » *in L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRE*, Dalloz, 1999, p. 610 et s. V. not. : Com. 8 mars 2005, Bull. civ. IV, n°44 : D.2005.883, obs. X. DELPECH ; *ibid.*, p. 2843, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDT Civ.*2005.391, note J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD Com.*2005.397, obs. D. LEGEAIS ; *RDC* 2005.1015, obs. D. MAZEAUD.

valeur tutélaire qui leur conférerait une sorte d'explication logique, pouvant se développer de façon autonome sans autre limitation que celles résultant de ses propres exigences conceptuelles. L'empilement des principes n'a donc d'intérêt *qu'à la condition qu'il s'accompagne d'une hiérarchisation matérielle des normes : celles de nature inférieure devant constituer des applications particulières de la norme immédiatement supérieure*. La conséquence en est évidemment que les normes inférieures trouvent aussi leurs limites dans la norme qui leur est supérieure, afin de maintenir une cohérence de l'ensemble. Il en résulte que certaines dispositions polémiques ou certains mécanismes mal assis pourraient ainsi se trouver revisités et réformés à la lumière nouvelle du principe de prévisibilité auquel ils se trouvent être subordonnés.

300. Critique – Une telle conception, pourtant, ne va pas de soi¹²²⁴. L'argument souvent évoqué pour contester une telle valeur hiérarchique – serait-ce sur un plan logique – aux principes généraux consiste à relever l'impossibilité à laquelle se heurte parfois qui cherche à remonter la chaîne des déductions depuis la règle la plus concrète jusqu'aux principes les plus élevés. Il apparaît de fait que l'ensemble des règles de droit ne se ramène pas *in fine* à quelques principes généraux dans lesquels il serait alors possible de voir l'essence du Droit dans sa forme la plus éthérée. On peut ici rappeler la critique virulente adressée à la théorie jusnaturaliste, à laquelle était reproché notamment de prétendre trouver dans la nature même des choses les tenants et aboutissants de l'ensemble du droit positif.

301. Rattachement au droit naturel de certains principes généraux – Pourtant il est possible de relever quelques exemples qui semblent plaider en faveur d'une telle possibilité de hiérarchie matérielle des normes, laquelle permettrait de justifier le rôle supérieur dévolu à la prévisibilité. D'une part, il est incontestable que *certaines réalités naturelles* se trouvent au fondement de règles sanctionnées par le droit, lesquelles peuvent alors être vues comme des déclinaisons du droit naturel dans le champ de la normativité positive. Ainsi évidemment de l'obligation alimentaire à laquelle sont tenus les enfants vis-à-vis de leurs ascendants¹²²⁵ ou les parents vis-à-vis de leurs enfants¹²²⁶, ou encore du devoir de respect dont disposent les articles 371 (des enfants envers les parents) ou 212 (entre les époux) du Code civil. Certains auteurs parlent à ce propos d'une transposition dans le droit positif de règles essentiellement

¹²²⁴ En faveur de cette analyse : cf. J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 56.

¹²²⁵ Article 205 du Code civil.

¹²²⁶ Article 204 du Code civil.

morales¹²²⁷, mais celles-ci ne doivent pas être comprises dans le sens commun à connotation souvent religieuse¹²²⁸ : c'est en réalité dans la nature même des choses – celle de la *relation* familiale ou conjugale – que la règle trouve ici son inspiration. Il en résulte que le Droit naturel *peut être parfois* une source du droit positif. Par voie de conséquence, rien ne s'oppose à ce qu'il existe des principes généraux qui plongeraient leurs racines dans une certaine conception de la nature des choses, dont la considération, si l'on en croit la philosophie classique, ne peut être ramenée à une relativité subjective en fonction de l'observateur, de l'époque, de l'aire culturelle considérée¹²²⁹ : c'est le cas notamment de ceux qui sont, explicitement ou non, rattachés aux diverses déclarations de droits de l'Homme¹²³⁰. Cela ne signifie pas pour autant que les principes généraux seraient une intrusion du droit naturel dans l'ordre juridique positif : « les principes généraux en droit privé contemporain *sont des éléments du droit positif*. Ils ne lui sont pas extérieurs. Telle qu'elle est utilisée par le juge et le législateur, l'expression désigne des éléments de cette catégorie. Dès lors, il y a lieu d'exclure de ce débat toute référence au Droit naturel pour autant qu'il existe. Certains principes généraux constituent peut-être des figures du Droit naturel, mais ce ne sont pas celles que le juriste nomme explicitement »¹²³¹. Mais cela n'exclut pas non plus que certains principes généraux du droit trouvent leur origine dans telle ou telle valeur extra-juridique, ou même dans la considération de la nature des choses. Il est alors possible d'affirmer qu'*une partie* seulement du Droit naturel se trouve exprimée dans le droit positif, de la même façon que celui-ci comporte un certain nombre de normes qui ne sauraient être considérées comme découlant de la nature des choses. Auquel cas il convient de prendre garde à ne pas confondre *l'effectivité juridique* de tels principes qui, comme tout principe général du droit, se trouve subordonnée à la reconnaissance de sa juridicité dans l'ordre positif, et le *conditionnement logique* qu'ils portent à l'égard des normes qui leur sont subordonnées, qui s'infère avec la force du nécessaire de leur lien essentiel avec l'ordre indispensable à l'existence de l'objet considéré. Ainsi le principe *pacta sunt servanda* est une

¹²²⁷ B. BEIGNIER et C. BLERY, *op. cit.*, p.12.

¹²²⁸ *Idem*, V. p. 12, note 6.

¹²²⁹ *Contra* : R. MARTIN, « Aller et retour de Kelsen à Aristote », *RTDCiv.*1997.387, spéc. n°11 et s ; R. LIBCHABER, « La parité, ou d'un certain malaise dans la représentation », *RTDCiv.*1999.741 pour qui : « rien ne se manipule comme l'idée de nature, et c'est bien pourquoi elle est le dernier élément sur lequel on devrait se fonder pour promouvoir des règles nouvelles de droit ».

¹²³⁰ V. not. sur ce point l'ouvrage de Michel VILLEY : *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Quadrige, 2009, spéc. p. 25 : « l'essor actuel des "Droits de l'Homme" n'implique pas moins négation du positivisme légaliste : loin de tenir leur autorité des textes positifs de l'Etat, ils se présentent comme inférés d'une idée de l'"homme", les lois ne font que les "déclarer". Cette figure des droits de l'homme témoigne de la survivance de la philosophie de l'Ecole du Droit naturel, en son temps la continuatrice d'une tradition scolastique ; mainte école de théologie ayant fait du droit l'instrument de la loi morale ».

¹²³¹ M. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 37. Nous soulignons.

émanation nécessaire de la nature même du contrat : sans cette obligation à tenir la parole donnée, point de contrat possible.

De ce fait, s'il est certain que la frontière s'établit clairement entre les valeurs qui composent le Droit naturel et les principes généraux qui sont une réalité du droit positif, de façon à ce que le juriste ne puisse en soi remonter de ceux-ci vers celle-là sans outrepasser son rôle, ce qui incline à opter pour un positivisme tempéré à partir duquel il faut poser que seuls les principes généraux du droit, consacrés en tant que tels par le « jurislatureur » ont vocation à constituer le terme d'une recherche de la logique matérielle du système normatif, il n'en reste pas moins vrai *qu'une considération de la nature des choses permet d'accéder à un certain nombre de principes premiers dans l'ordre normatif, en soi nécessaires, et qui conditionnent les principes plus techniques qui leur sont subordonnés par la force même des choses.*

302. La prévisibilité et la nature du contrat – Le droit des contrats actuel est le fruit d'une tension dialectique perpétuellement renouvelée entre deux principes : la liberté et la Justice contractuelle¹²³². Trop de liberté peut conduire à porter atteinte à la Justice, mais une recherche excessive de justice contractuelle conduit nécessairement le droit à exercer un contrôle du jeu des intérêts dont le contrat est l'expression la plus aboutie, et donc à contraindre la liberté des parties. PLANIOL et RIPERT enseignaient ainsi que « le principe de la liberté des conventions est une pièce indispensable d'un régime qui reconnaît la propriété privée et la liberté du travail. Le législateur doit seulement s'efforcer d'en prévenir les excès en protégeant les contractants contre les surprises et les injustices du contrat [...] »¹²³³. L'enjeu est donc de pouvoir trouver le terme d'un juste équilibre entre ces deux objectifs dont procède le contrat¹²³⁴, ce qui ne peut se faire qu'en introduisant entre ces deux principes de force équivalente car fondés sur des réalités naturelles extérieures au strict champ de la juridicité (la nature humaine pour l'un, la préservation de la société et du bien commun – qui ne peut se satisfaire de relations interindividuelles injustes – pour l'autre), un principe de même rang, voire supérieur, c'est-à-dire fondé non sur de simples considérations strictement juridiques, mais sur la nature même du contrat. Contrairement à ce qu'affirment certains

¹²³² V. à ce propos la *Présentation générale*, in *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, par Pierre CATALA, p. 3 (n°3), et p. 5, ainsi que les propos de CORNU dans l'*Introduction*, qui souligne que « la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat doivent compter avec les aspirations de la justice contractuelle » (p. 9). Sur un plan historique, cette idée explique sans peine le phénomène de l'émergence du Solidarisme au début du XX^e siècle, en réaction contre les conceptions libérales qui avaient eu cours tout au long du siècle précédent.

¹²³³ M. PLANIOL, G. RIPERT, P. ESMEIN, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Les obligations*, 1^{ère} partie, LGDJ, 1930, n°16.

¹²³⁴ V. par ex. : Article 1.102 P.D.E.C.

auteurs, ici du moins, la recherche de ce principe général apte à équilibrer le jeu des valeurs de liberté et de Justice qui rendent possibles le contrat, ne pourra se faire sans un détour indispensable, si ce n'est par le droit naturel, du moins par la considération de la nature du contrat et des valeurs dont elle rend la protection nécessaire dans le champ de la normativité.

303. Préserver la liberté contractuelle – La nature profonde de l'acte contractuel, exprimée aux articles 1100-1 et 1101 du Code civil, est d'être une « manifestation de volonté », dont la valeur et l'efficacité juridique¹²³⁵ se mesure à l'aune de la liberté de celui de qui elle émane (article 1102). Le principe de liberté contractuelle recèle pourtant un paradoxe qui réside dans la limite qu'il convient d'y apporter. La question renvoie à la définition même de la liberté humaine, dans ses prolongements plus philosophiques que juridiques. Ainsi la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789, animée de la volonté de cantonner l'agir humain, énonce que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui [...] »¹²³⁶, intégrant par-là l'idée d'une faculté d'agir limitée subjectivement sur le respect des droits d'autrui. Si la liberté est, en matière contractuelle, un principe essentiel à l'existence de l'acte juridique, elle apparaît donc susceptible de limites. Ces limites doivent être trouvées dans les droits que le cocontractant tire de la relation qu'il a établie à l'occasion du contrat¹²³⁷. Or le premier de ces droits n'est-il pas de pouvoir user du mécanisme contractuel conformément à sa nature ? C'est-à-dire de pouvoir entrer, par la détermination de sa volonté dans ce qui est, par essence, un acte de prévision ? *Dès lors la liberté de l'un apparaît nécessairement trouver ses limites dans l'acte de prévision que constitue le contrat pour l'autre partie : tout exercice de sa liberté qui viendrait heurter cette fin doit dès lors être repoussé hors de la sphère contractuelle.*

304. Assurer la justice des échanges – Rendre à chacun ce qui lui est dû : telle est la définition que l'on retient classiquement de la justice. L'on retrouve ici la référence au droit subjectif en contrepoint d'une liberté par trop dénuée de limites : le principe de justice contractuelle tend à assurer à chacun la légitime satisfaction de ses attentes dans le respect, là encore, des droits d'autrui. La justice contractuelle est une visée d'équilibre venant tempérer le jeu des intérêts qui fonde le mécanisme contractuel : la satisfaction de l'un ne doit pas conduire à nier les droits de l'autre. Le principe de justice contractuelle est indéniablement au

¹²³⁵ Cf. la théorie des vices du consentement.

¹²³⁶ Article 4 D.D.H.C.

¹²³⁷ Nous restons volontairement large afin de ne pas cantonner l'analyse au seul mécanisme obligationnel né du contrat une fois celui-ci formé.

cœur du droit des contrats¹²³⁸, mais se voit souvent reprocher son caractère invasif, qui serait contraire à une conception libérale du contrat. Là encore se pose la question de la limite à y apporter, car l'accroche du juste à une certaine réalité naturelle est souvent niée. Sans doute faut-il voir là une manifestation des tendances modernes au subjectivisme, faisant de l'homme, sujet, la mesure de la valeur morale des choses ; on cite ainsi souvent la phrase attribuée à FOUILLÉE : « qui dit contractuel dit juste ». Entendre : ce qui est voulu est juste parce que voulu, où l'homme est la mesure de toute chose¹²³⁹. Pourtant, de tels principes ont pu conduire à de bien néfastes conséquences, dénoncées au tournant du XX^e siècle par une doctrine éminente, et la naissance du mouvement solidariste constitue de ce point de vue une réaction saine.

Il faut ainsi tenir que de seules considérations subjectives ne peuvent raisonnablement asseoir une analyse pertinente du juste contractuel. *La justice contractuelle se mesure alors en confrontant les actions des parties à ce qui est impliqué sur le plan des droits subjectifs par la nature du contrat* : instrument d'échange et non de spoliation de l'un par l'autre, accord de volontés éclairées, etc. Parce qu'il est un acte de prévision, le contrat implique nécessairement sur le plan de la justice que ce qui a été prévu par les parties soit respecté et que l'attente qu'a suscité cette prévision soit satisfaite. Mais dire cela ne suffit pas dans la mesure où le principe de justice contractuelle ainsi énoncé, s'il donne les raisons des mécanismes visant à la satisfaction des créanciers (au sens là encore très large), *ne fournit pas pour autant l'instrument adéquat permettant de qualifier cette satisfaction de juste ou d'injuste*. La question demeure en effet : toute prévision doit-elle être satisfaite et protégée sous peine d'injustice ?...ce qui pose la question de sa légitimité.

On voit bien que la seule considération de la nature du contrat comme acte de prévision est insuffisante à permettre une mise en œuvre de la justice contractuelle, *faute d'offrir l'instrument adéquat d'un jugement de valeur sur ce qui est du ou non*. La réalisation de la justice contractuelle passera donc *par une évaluation de la légitimité des prévisions : qu'est ce qui pouvait ou devait être prévu par le contractant* et partant qu'est-il en droit de revendiquer ?

305. Conclusion de la sous-section 1 relative à la qualification de principe – La notion de prévisibilité apparaît dotée d'une assise suffisante pour prétendre à la qualification de *principe*

¹²³⁸ Cf. les mécanismes de la rescision pour lésion, la nullité pour vice du consentement, etc.

¹²³⁹ PROTAGORAS (philosophe sophiste du Ve s. av. JC). Il constitue le personnage central du *Protagoras* de PLATON, qui lui attribue cette phrase dans le *Théétète*.

du droit des contrats. Elle puise en effet dans la nature même du contrat sa légitimité à constituer l'un des fondements juridiques de sa régulation. Or il existe des exemples dans lesquels le juge a jugé opportun de puiser dans des réalités extra juridiques (l'équité, la dignité humaine, etc.) des valeurs auxquelles elle a *motu proprio* reconnu une juridicité en les élevant au rang de principe général. Il semblerait possible de procéder de la sorte pour la prévisibilité : sans passer par une reconnaissance formelle par le législateur (qui apparaît en outre fort improbable eu égard à la philosophie même de la réforme qui n'a pas entendu placer la matière à l'ombre de tels principes), il serait souhaitable que le juge s'emparât de la notion comme d'une conséquence de la nature même du contrat pour lui reconnaître une efficience juridique propre, et une faculté de guider l'application des règles techniques qui lui apparaissent subséquentes de façon à insuffler une direction théorique cohérente à la matière.

Sous-section 2 : La fonction du principe

306. Annonce du plan – Si le terme *principe* renvoi à une primauté dans l'ordre juridique, il n'est pas seulement une valeur quelconque qui trouverait ainsi une expression éminente : la qualification juridique de *principe* implique que la valeur ainsi transcrite dans le système juridique soit dotée d'une généralité assez grande pour pouvoir, d'une part prétendre à cette qualification qui implique une hiérarchie des normes et donc une démarche déductive, et d'autre part embrasser un nombre suffisamment important d'hypothèses de façon à assurer une cohérence théorique suffisante des solutions appliquées. Pour un auteur, « l'appellation de "principe" suppose certes l'existence d'une règle formulée en termes généraux mais surtout d'une règle première, cardinale, fondamentale, cadre et susceptible, partant, d'être déclinée en de multiples normes ou sous-principes »¹²⁴⁰. Seront ainsi qualifiées de *principes*, par opposition aux simples règles, les propositions « dont la généralité permet de soutenir une large série de solutions positives »¹²⁴¹.

307. Annonce du plan – Il importe donc de vérifier d'une part que la prévisibilité présente bien le caractère de généralité nécessaire (§1), et d'autre part qu'elle est apte à insuffler une dynamique dans la matière (§2).

¹²⁴⁰ Ph. DUPICHOT, préc., n°2.

¹²⁴¹ D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préf. Y. LOUSSOUARN, Paris, 1992, n° 57 et s. p. 54 et s. V. aussi : J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in. *Mélanges G. Ripert*, LGDJ, 1950, p. 51, spéc. p. 57.

§1 : Une norme générale

308. De la généralité des principes – Ce caractère de généralité doit néanmoins être entendu de façon relative, car toute règle de droit possède normalement cette caractéristique comme élément de définition¹²⁴². Le degré de cette généralité diffère néanmoins. BOULANGER enseignait ainsi que « c'est la généralité des principes généraux du Droit qui marque le mieux leur définition et les distingue des simples règles de Droit. Il existe entre un principe et une règle juridique, non seulement une inégalité d'importance, mais aussi, une différence de nature. La généralité de la règle est différente de celle du principe. La règle juridique est générale en ce qu'elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits. Cela ne l'empêche pas d'être, d'un autre point de vue, spéciale en ne régissant que tel acte ou tel fait correspondant à son objet. Elle est édictée en vue d'une situation juridique déterminée. Un principe au contraire, est général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »¹²⁴³. Certains auteurs ont pu douter de la pertinence d'une telle distinction : le principe ne serait selon eux pas forcément doté d'une généralité ou d'une abstraction plus grande que celle des simples règles¹²⁴⁴. Il semble néanmoins que cette vision soit minoritaire en doctrine, la plupart des auteurs étant d'accords pour établir une hiérarchie matérielle des normes fondée sur leur plus ou moins grande généralité. Ainsi un auteur disqualifiait-il certaines « exigences » qui ont pu apparaître comme fondamentales ces dernières années, telles que la proportionnalité ou l'équilibre contractuel, au motif que « nulle n'aura atteint [...] la valeur d'un principe cardinal : la proportionnalité ne donne par exemple guère lieu qu'à une "exception de disproportion", opérant pour l'essentiel en droit de la concurrence ou du cautionnement »¹²⁴⁵. Mieux, ce serait « la généralité des principes généraux du droit qui marque le mieux leur définition et les distingue des simples règles de droit »¹²⁴⁶.

309. Examen du critère de la généralité – Il convient donc de vérifier que l'exigence de prévisibilité, présente les caractères d'une généralité suffisante pour pouvoir prétendre au rang de principe, c'est-à-dire de norme supérieure dans la hiérarchie matérielle qui compose l'ordre

¹²⁴² V. par ex. : J-L BERGEL, *op. cit.*, p. 45 : « on a tendance à identifier la règle de Droit et la loi et à considérer que l'une et l'autre se définissent comme des règles de conduites régissant les rapports sociaux, sanctionnés par le Droit et qui ont un caractère permanent, général et abstrait ».

¹²⁴³ J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁴⁴ V. not. : M. de BECHILLON, *op. cit.*, p.248 et s.

¹²⁴⁵ Ph. DUPICHOT, préc., n°7.

¹²⁴⁶ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°75.

juridique contractuel. Pour cela il convient de déterminer le critère de la généralité : est-ce une généralité quant aux destinataires de la norme ? Quant à ses applications potentielles ? ou entend-on par là une généralité conceptuelle confinant à l'abstraction, à la différence des règles qui, quoique générales c'est-à-dire susceptibles de trouver à s'appliquer dans un nombre indéterminé de situations¹²⁴⁷ demeurent par ailleurs suffisamment concrètes pour être efficaces, et ne peuvent dès lors constituer le support d'une diversité de mécanismes.

A vrai dire, le sens de la notion de généralité appliquée aux principes du droit résulte d'une interaction avec la notion de principe : chacun en réalité commande la qualification de l'autre, autant qu'il s'en infère. C'est en effet parce qu'une valeur est dotée d'une généralité suffisante qu'elle se trouve placée au sommet de la hiérarchie matérielle des normes, alors même que celle-ci résulte du caractère nécessairement englobant de la notion ainsi promue. Cette généralité est double : portant d'une part sur les destinataires de cette norme, et d'autre part sur les déclinaisons possibles et spéciales du principe dans l'ordre normatif contractuel. L'exigence de prévisibilité apparaît conforme à ces deux acceptions.

310. Généralité quant au destinataire – Le principe est général en ce sens qu'il ne comporte pas de destinataire précis, ou du moins aspire à fixer une orientation globale de la régulation, laissant aux règles subséquentes le soin de décliner cette orientation à destination de sujets de droit plus précisément désignés. Moins il visera un destinataire précis, plus le principe sera doté d'une généralité remarquable, et plus il se tiendra haut dans la hiérarchie matérielle des normes. De ce point de vue, le principe de sécurité juridique apparaît déjà comme remarquablement spécifique, imposant une régulation de la production normative à destination des producteurs de telles normes. Le principe de loyauté contractuelle apparaît également comme ayant une portée restreinte : tout comme ses épigones, il vise seulement à réguler le comportement *des parties au contrat*, certes à tous les stades de la vie de celui-ci, et en usant de diverses techniques, mais sans que sa portée directrice dépasse le champ qui lui est naturellement dévolu : il s'agit de la loyauté de ceux qui confrontent leurs intérêts au sein du contrat, et point de celle des autres (la notion trouverait-elle du reste à s'appliquer à l'égard du législateur ? ou des tiers ?...). Dans le même ordre d'idée, les principes de confiance légitime et de cohérence contractuelle se trouvent cantonnés par leur nature même : ils imposent un contrôle des comportements présents en fonction de ce que signifiaient les comportements passés, ce qui implique de ne point leur donner effet hors des hypothèses dans

¹²⁴⁷ J. BOULANGER, *op. cit.*, p. 51.

lesquelles le risque contractuel réside dans les agissements d'une personne juridique préalablement liée d'une façon ou d'une autre au contractant qui s'en prévaut... Ils sont dès lors inefficaces à fonder une régulation du risque qui surgirait de faits naturels ou assimilés, de l'intervention impromptue d'un tiers suffisamment étranger au contrat pour que ne puisse lui être opposée une contradiction comportementale dans celui-ci, ou même encore de l'action perturbatrice du jurislatureur (juge ou législateur) dès lors qu'aucune confiance ne peut légitimement être invoquée contre leur action nécessairement déceptive dès lors que sa nature profonde consiste à faire évoluer le droit.

L'ensemble des exigences présentées comme des « principes », qui visent à réguler le risque au sein du mécanisme contractuel apparaissent en réalité dénuées de portée réellement générale : elles sont en vérité cantonnées chacune à un certain nombre de destinataires dont elles viennent encadrer l'action dès lors que celle-ci est susceptible d'interférer avec la relation contractuelle. Sur ce plan du moins, le qualificatif de principe général semble donc inapproprié...L'est-il tout autant dans le deuxième sens évoqué : celui d'une généralité résidant dans l'abstraction de la norme portée et son aspiration à la polyvalence ?

311. Généralité quant à l'abstraction – La notion de prévisibilité n'a en soi aucune existence tangible en droit des contrats. Elle apparaît en creux, comme révélée, par diverses manifestations plus ou moins spéciales. Les diverses obligations d'information, la mise en œuvre de la responsabilité du contractant qui rompt de manière abusive une relation précontractuelle ou contractuelle établie, la sanction des clauses abusives en droit de la consommation, entre autres, apparaissent en effet comme des règles juridiques techniques pouvant être rattachées chacune à certains principes juridiques dont la forme – la formulation – apparaît beaucoup plus générale. La question qui demeure consiste à savoir s'il est possible de rattacher ces principes eux-mêmes – ils apparaîtraient alors comme intermédiaires – à une notion plus générale encore, apte à les comprendre tous tout en assurant leur nécessaire diversité. L'examen des caractères de la prévisibilité apparaît de nature à conforter cette vision des choses.

D'une part, elle semble suffisamment large pour englober une multiplicité de déclinaisons spéciales. La polysémie du terme (objectif de politique juridique/caractéristique d'un événement), autant que sa polyvalence (élimination ou simple intégration du risque) lui assurent en effet une efficacité globale, sous réserve de déclinaisons spécifiques. Vu sous l'angle de ces déclinaisons, *chaque principe évoqué apparaît comme une traduction du principe de prévisibilité dans un domaine particulier* (la sécurité juridique imposant la

prévisibilité du système normatif, la loyauté celle des comportements des contractants, le principe de confiance légitime porte quant à lui l'exigence de prévisibilité sur le terrain des attentes des contractants, etc.) sans pour autant épuiser le concept (la sécurité juridique, la loyauté sont chacune pour leur part, *l'une des déclinaisons possibles* de l'exigence de prévisibilité à destination d'un groupe plus ou moins large de destinataires. La prévisibilité demeure néanmoins plus large en ce sens qu'elle comporte d'autres applications possibles).

D'autre part, le rattachement de ces principes subséquents et règles techniques à un principe général et dominant de prévisibilité n'emporte pas une contrainte telle sur un plan conceptuel qu'elle les briderait dans leur diversité. Si c'était le cas, cela signifierait que le principe en question ne serait pas doté d'une généralité suffisante pour apparaître comme dominant puisqu'il s'épuiserait aux confins d'autres principes concurrents : ce serait alors un principe intermédiaire prenant rang au même niveau de la hiérarchie matérielle que les autres. Or l'examen de l'exigence de prévisibilité contractuelle telle que révélée par ces diverses manifestations montre au contraire que la notion est suffisamment large pour englober l'ensemble des autres principes dérivés et règles techniques qui concourent à assurer une régulation des risques au sein du contrat, mais encore qu'elle possède une souplesse – et donc une abstraction – suffisante pour laisser ces mêmes principes et règles prospérer et se développer sans déborder des frontières posée par le concept qui vient les structurer.

En cela la prévisibilité apparaît bien comme une expression suffisamment générale d'une *orientation* à même de structurer le droit des contrats: n'ayant aucune efficience juridique en tant que telle, mais à la source de nombreux principes intermédiaires, eux-mêmes trouvant leur efficience technique dans des règles juridiques concrètes.

312. Principe directeur ou principe correcteur ? – La notion de principe *général* apparaît comme trop vague pour constituer une catégorie juridique sûre¹²⁴⁸, et de fait son usage est

¹²⁴⁸ Sur ce point, V. not. M. DE BECHILLON, *op.cit.*, p. 169 et s. L'auteur conclue que « la diversité des expressions (principe, principe général, principe directeur, principe fondamental, principe directeur ou principe essentiel) paraît n'emporter aucune variation importante de signification. Le choix de ces qualificatifs se révèle fondamentalement aléatoire et dépourvu de portée conceptuelle véritable » (p. 182). Cette absence d'incidence de l'« étiquette » est néanmoins cantonnée à l'expression du juriste : « l'interchangeabilité du vocabulaire autorise d'une part à penser qu'il n'y a effectivement pas lieu de reconnaître l'existence de différentes catégories juridiques de normes à partir du vocabulaire utilisé par le juge ou par le législateur. [...] leur emploi dans le langage judiciaire ou législatif demeure dépourvu d'incidence. Les magistrats et le législateur disposent d'une grande latitude, libres d'utiliser ces mots comme bon leur semble. Le choix qu'ils font de privilégier ponctuellement l'un plutôt que l'autre relève d'avantage du hasard que d'une politique cohérente » (p.192. Nous soulignons). Dès lors cela ne s'oppose pas à ce que cette même terminologie soit utilisée en propre par la doctrine pour établir des classifications, dès lors que celles-ci ne prétendent pas à une justification qui reposerait sur le discours des organes de production du droit. C'est ainsi que M. le professeur BERGEL propose une typologie, au sein même des principes généraux, conduisant à distinguer les principes directeurs et les principes

fréquemment critiqué par la doctrine. Elle qualifie seulement une valeur par référence à son insertion dans la hiérarchie matérielle des normes, *mais ne dit rien de l'utilité du principe ainsi identifié par rapport au système juridique qu'il domine* : qualifier une valeur de principe général revient ainsi à dire le *quid*, sans rien dire du *quod*. Un auteur a ainsi proposé d'établir des classifications au sein même de la catégorie des principes généraux, afin de distinguer les principes *directeurs* des principes *correcteurs*¹²⁴⁹. La précision apportée quant à l'utilité du principe par la mention de sa fonction directrice ou correctrice de l'ordre juridique permet une meilleure identification du rôle dévolu au principe une fois celui-ci identifié, mais en amont, elle permet également semble-t-il, par un raisonnement *a contrario* d'exclure de la catégorie des principes généraux des normes apparemment dotées d'une généralité suffisante pour prétendre accéder à cette catégorie, mais qui n'auraient pas malgré tout l'une ou l'autre de ces fonctions venant justifier son élévation dans la hiérarchie matérielle. Ce faisant on se garderait du reproche souvent fait par une doctrine hostile à la promotion tous azimuts de normes juridiques au rang de principe général¹²⁵⁰ sans que cette élévation se trouve réellement justifiée par la fonction qui l'accompagne nécessairement.

§2 : Une norme directrice

313. Les fonctions de la prévisibilité au sein du droit des contrats – L'exigence de prévisibilité contractuelle doit alors être examinée sur le plan *de ses fonctions par rapport à l'ordre juridique* où l'on prétend l'insérer au plus haut niveau – celui des principes généraux. L'étude de ses manifestations révèle une polyvalence permettant d'identifier une fonction autant *directrice* que *correctrice*. Pourtant, les deux ne doivent pas être mises sur un pied d'égalité : les principes ayant une fonction directrice seraient en effet d'une importance plus grande, sur un plan purement théorique, puisqu'ils sont ceux dont « l'ordre social

correcteurs, qui permet de poser une distinction théorique utile à l'explication de la fonction des principes généraux.

¹²⁴⁹ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°86.

¹²⁵⁰ V. not. Ph. DUPICHOT, *préc.*, n°7, qui exclut de la catégorie des principes directeurs, mais aussi semble-t-il des principes tout court certaines « préceptes correcteurs » l'exigence de proportionnalité ou d'équilibre contractuel, soulignant qu'ils n'ont pas « la valeur d'un principe cardinal : la proportionnalité ne donne par exemple guère lieu qu'à une "exception de disproportion", opérant pour l'essentiel en droit de la concurrence ou du cautionnement. V. aussi la position critique de M. le Professeur GENICON à propos du « principe » de confiance légitime : T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *in. Les principes directeurs du droit des contrats, Journée franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT*, Bologne, 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013.336.

dépend »¹²⁵¹, « poutres maîtresses de tout l'édifice juridique »¹²⁵² ; alors que les seconds viendraient seulement amender, corriger, certaines « solutions légales qui, sans eux, pourraient s'avérer injustes ou inadaptées »¹²⁵³. Du reste, en ce qui concerne la prévisibilité contractuelle, on constate que la fonction correctrice que l'on peut éventuellement y voir n'est jamais *qu'une conséquence de la direction que le principe entend imprimer à l'ordre contractuel*.

314. Fonction directrice de la prévisibilité – La prévisibilité contractuelle apparaît comme une valeur fondamentale, assise sur la nature même du contrat, et qui donne au système juridique qui le régit ses grandes orientations : conçue comme la nécessité de mettre les parties en mesure de prévoir leur avenir contractualisé, elle sous-tend un certain nombre de mécanismes par lesquels le droit assure aux contractants une plus ou moins grande maîtrise du risque pouvant obérer l'entreprise de prévision que constitue fondamentalement le contrat. Elle imprime ainsi au droit des contrats cette orientation fondamentale qui en fait, selon les mots d'un auteur, un instrument de « gestion du risque » à part entière¹²⁵⁴, c'est-à-dire dont la nature profonde et les mécanismes qu'il met à la disposition des parties visent à sécuriser l'avenir qu'ils entendent contractualiser. Dans le même temps, le recours à la notion de prévisibilité permet de gérer les confrontations pouvant survenir entre certaines règles en fonction de l'orientation générale qu'elle donne au système juridique dont elle assure ainsi la cohérence. La prévisibilité contractuelle se trouve ainsi au fondement de divers devoirs d'information en vertu desquels celui qui sait doit mettre l'autre en mesure de savoir lui-aussi, mais dans le même temps cette même prévisibilité s'oppose à ce qu'une partie *qui pouvait savoir* se prétende créancière d'une information de la part de l'autre¹²⁵⁵. On puisera alors dans le principe de prévisibilité un fil conducteur utile à qui voudrait ordonner l'enchevêtrement parfois difficile à percer de règles qui toutes apparaissent pourtant orientées dans un même sens.

315. Fonction correctrice de la prévisibilité – L'exigence de prévisibilité vient ainsi dans le même temps, tempérer certaines solutions : elle est l'aune à laquelle s'établiront la légitimité

¹²⁵¹ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°86. L'auteur cite notamment à titre d'exemples le principe *nullum censare ignorare legem*, l'autorité de la chose jugée, le principe de non rétroactivité de la loi.

¹²⁵² *Idem, ibid.*

¹²⁵³ *Idem, ibid.* L'auteur cite ici les adages *Fraus omnia corrumpit* ou *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ou encore le principe de bonne foi.

¹²⁵⁴ J-M MOUSSERON, *préc.*, p.481.

¹²⁵⁵ Cf. *supra* n°603.

et l'efficacité de certains mécanismes correcteurs. Mais force est de constater alors le lien de radicale subordination existant entre les deux fonctions directrice et correctrice : la correction de certains mécanismes s'opère en effet nécessairement par référence à la direction d'ensemble donnée par le principe directeur. L'abus dans la rupture des pourparlers ou encore la faveur manifestée par le droit pour la confiance trompée par la considération d'une apparence trompeuse, sont autant d'illustrations de l'intérêt qu'il peut y avoir à user d'un principe de prévisibilité aux fins de correction du jeu normal des règles juridiques découlant de l'exercice de la liberté contractuelle ou de la force obligatoire des conventions : c'est en effet en regard de l'orientation générale donnée au droit des contrats par l'exigence de prévisibilité, et en usant des mêmes ressorts techniques que vont être corrigées certaines solutions qui sinon se positionneraient en forme de hiatus par rapport à la direction ainsi affirmée. Le principe de prévisibilité apparaît donc tout à la fois comme un principe directeur et comme un principe correcteur – ce qui ne doit pas étonner car « de très nombreux principes sont alternativement des principes directeurs ou des principes correcteurs selon les situations dans lesquelles ils sont invoqués et les autres principes avec lesquels ils sont confrontés : ils n'ont alors qu'un rôle directeur ou correcteur relatif »¹²⁵⁶ – mais la fonction de direction est première dans la mesure où c'est d'elle que dépendent les éventuelles corrections opérées, et elles le sont d'ailleurs – implicitement – en son nom.

316. *Aptitude du principe de prévisibilité à structurer le droit des contrats* – L'affirmation de la nature directrice du principe de prévisibilité implique de constater que le recours à cette notion ordonne les solutions et donne finalement un sens à la matière. A défaut de la possibilité d'effectuer un tel constat dans le droit positif, l'entreprise doit être prospective et tendre à ordonner la diversité des mécanismes de gestion du risque en un ensemble cohérent susceptible en outre de s'intégrer harmonieusement en tant que tel au sein du système juridique contractuel. Or nous croyons que le recours à la notion de prévisibilité contractuelle permet d'expliquer l'ensemble des solutions rendues en ce qui concerne la confrontation du contrat et du risque, en même temps qu'elle les ordonne dans un système. Le recours à la prévisibilité permet en effet de poser un élément d'unité susceptible de comprendre dans un même ensemble théorique des mécanismes aussi divers que ceux transcrivant une politique juridique active par laquelle le processus de prévision des contractants est rendu possible¹²⁵⁷, et ceux consistant à considérer le risque réalisé pour savoir s'il constitue une perturbation

¹²⁵⁶ J-L BERGEL, *op. cit.*, p. 113.

¹²⁵⁷ Cf. *supra* n°24 et s.

imprévisible de ce qui avait été anticipé auquel cas les prévisions se trouveront favorisées¹²⁵⁸. Dans le même temps, la structuration de ces solutions sous l'égide d'un principe directeur de prévisibilité ménagerait un certain nombre d'autres principes fondamentaux de la matière, telle la liberté contractuelle, voire serait à même de les conforter (l'impératif de justice contractuelle passant ainsi nécessairement par la considération des attentes légitimes des contractants).

317. Conclusion de la sous-section 2 relative à la fonction du principe – La prévisibilité contractuelle apparaît dotée d'une généralité et d'un dynamisme suffisant pour prétendre à la qualification de principe directeur du droit des contrats. Lui reconnaître cette qualité permettrait sans doute d'orienter certains des mécanismes qui le composent dans une certaine cohérence théorique. Son caractère transversal lui permettrait en outre d'assumer en outre une fonction correctrice, qui sans s'appliquer en tant que telle (il faut alors recourir à des règles techniques), permettrait d'équilibrer le recours à certains mécanismes légaux tel que le devoir d'information, qu'il apparaît nécessaire de limiter en faisant une application croisée de l'exigence de prévisibilité¹²⁵⁹. Or pour cela, il est nécessaire que la prévisibilité, qui justifie l'existence même de ce devoir dans sa fonction de comblement d'une inégalité, s'en émancipe pour pouvoir imposer cette réciprocité.

318. Conclusion de la section 2 relative à une autonomie possible – Sur un plan matériel, l'exigence de prévisibilité apparaît dotée des caractères permettant de l'identifier comme un véritable principe juridique. Elle est une norme placée au sommet de la chaîne logique du système juridique qui régit le contrat et dotée d'une généralité suffisante pour prétendre à une existence *autonome* en tant que principe. Quant à la fonction qui est celle de la prévisibilité, il apparaît qu'elle consiste essentiellement à *orienter le droit des contrats dans le sens, impliqué par la nature même du mécanisme contractuel* : soit la réduction du risque susceptible de venir perturber les prévisions des parties. Elle semble donc pouvoir revendiquer légitimement le qualificatif de principe *directeur*, dans la mesure où cette orientation qu'elle insuffle au système juridique procède d'une enveloppe conceptuelle suffisamment large pour englober l'ensemble des mécanismes dédiés à la prévention du risque, et où la fonction correctrice qu'elle comporte n'est finalement qu'une conséquence de sa fonction principale et n'en constitue qu'un aspect assez secondaire.

¹²⁵⁸ Cf. *supra* n°90 et s.

¹²⁵⁹ Cf. *supra* n°603.

319. Conclusion du chapitre 2 relatif à un principe en devenir – La prévisibilité contractuelle semble constituer le fondement théorique adéquat pour structurer de manière cohérente l'ensemble des mécanismes qui, au sein du droit des contrats, visent à assurer une régulation du risque. Elle permet en effet d'assurer une coexistence raisonnée de plusieurs « principes » subordonnés, tout en jouant un rôle essentiel dans l'équilibre devant nécessairement être maintenu entre ces deux autres principes que sont d'une part la liberté contractuelle et d'autre part la justice des échanges. Pour cela, il est nécessaire de lui reconnaître un rang équivalent dans la hiérarchie des normes. Cela consiste certes à tirer un certain nombre de conclusions inédites au regard du droit positif, et notamment de la loi, qui demeure malheureusement taisant sur le sujet, afin de faire émerger une ligne générale courant, tel un fil d'Ariane, dans les méandres des mécanismes actuellement dédiés à la gestion du risque au sein de la relation contractuelle. Pour autant, nous ne pensons pas que cette entreprise puisse apparaître comme révolutionnaire par rapport à l'état du droit tel qu'il s'est dessiné au cours des dernières décennies. En vérité l'idée est déjà et partout présente et il ne semble pas que la consécration d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle soit de nature à dénaturer le droit des contrats, bien au contraire ! C'est dans la mise au jour de cette orientation latente, mais décisive et naturelle de celui-ci, que s'exprimerait au mieux selon nous la cohérence de la matière. Prenant acte des solutions éparses, et ayant tenté d'en faire ressortir les éléments de convergence profonde, il resterait alors à proposer *une organisation du droit actuel autour d'un tel principe*, et à tirer les éventuelles conséquences inédites du principe ainsi défini.

Conclusion du Titre II

relatif à la qualification

de la prévisibilité contractuelle

320. Un présent contrasté – La prévisibilité contractuelle apparaît comme une exigence générale du droit des contrats, que l'on trouve transcrite dans un nombre important de mécanismes d'origine légale ou jurisprudentielle. Quoi qu'elle apparaisse encore dissimulée derrière ces mécanismes, il semble que cette notion transversale puisse constituer un élément efficace d'*homogénéisation théorique* en permettant de proposer un fondement unitaire à l'ensemble des mécanismes qui la mettent en œuvre. Le risque contractuel, en effet, apparaît comme *un concept unitaire* fondé sur l'incertitude qui affecte les prévisions contractuelles en raison de leur inscription dans une certaine temporalité. Et la régulation dont il peut faire l'objet semble également, une fois dépassée la diversité apparente de ses sources, marquée par une certaine convergence. Sur le plan technique, le recours à la prévisibilité constitue donc *un facteur d'harmonisation*, et offre de ce fait l'opportunité d'une approche unifiée du phénomène et des réponses qu'il convient d'y apporter sur le plan du droit positif.

Force est pourtant de constater que la prévisibilité demeure à ce jour, et *a fortiori* depuis la réforme de 2016, une notion hétéronome : elle demeure en effet partie prenante de mécanismes autres, mais ne semble pas encore suffisamment émancipée pour pouvoir constituer un nouveau principe directeur de la matière. Il nous semble que cette absence d'émancipation est regrettable, et qu'il est au contraire non seulement possible, mais encore souhaitable de donner à la prévisibilité l'autonomie qui lui permettrait de remplir pleinement son rôle régulateur au sein des principes majeurs qui gouvernent, explicitement ou non, le droit des contrats.

321. Un avenir ?... – Il nous semble préférable, au vu de la réticence du législateur à consacrer de tels principes¹²⁶⁰, que cette reconnaissance provienne du juge, assumant par là sa fonction d'« invention » des principes généraux du droit, laquelle, quoi que moins évidente en droit civil qu'en droit public, est néanmoins une réalité¹²⁶¹ comme en témoigne par

¹²⁶⁰ cf. *Rapport au Président de la République*.

¹²⁶¹ Civ. 1, 29 octobre 2014, n°13-19729, « *Our body* », Bull. civ. I, n° 178 (préc.)

exemple l'affaire « *Our body* » dans laquelle il a affirmé que le principe de respect dû au corps humain préexistait à la loi qui l'a explicitement consacré. Il nous semble alors souhaitable que la jurisprudence, en se fondant sur la nature même du mécanisme contractuel et sur la consécration déjà intervenue d'autres principes ou valeurs fondamentales (notamment le principe de cohérence, ou le devoir de loyauté), affirme l'existence d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle, sur lequel il lui serait possible de s'appuyer à l'avenir pour affermir et encadrer son pouvoir modérateur à l'égard de la liberté contractuelle.

CONCLUSION

DE LA PREMIERE PARTIE

322. Un critère utile de la sanction du risque – L'étude des manifestations de la prévisibilité contractuelle permet de formuler un certain nombre de constats. En premier lieu il apparaît que la notion se manifeste *avec une intensité différente* selon qu'elle est appréhendée sous l'angle de ses utilités curatives ou préventives. Lorsqu'il s'agit en effet de considérer le caractère plus ou moins prévisible d'un événement affectant le contrat afin de déterminer s'il convient ou non d'en sanctionner l'effet sur les prévisions des contractants, l'on constate que le droit recourt directement, si ce n'est de façon explicite, à la notion, laquelle peut alors être identifiée comme *un critère de la sanction du droit*. L'événement prévisible sera admis à jouer dans le contrat, quoi que cela puisse décevoir certaines prévisions : il en va en effet de la responsabilité des parties de prévoir ce qui peut être prévu. Cette idée ressort en particulier de la théorie des vices du consentement, en particulier de l'erreur, de la condition de prévisibilité du dommage posée par l'article 1231-3 du Code civil, ou encore de la caractérisation nécessaire d'un *abus* dans le droit de rompre une relation contractuelle ou précontractuelle. Force est de constater néanmoins que l'ordonnance du 10 février 2016 comporte certaines dispositions qui peuvent être critiquées au vu de la logique d'ensemble de ces mécanismes. Il nous semble sur ce point particulièrement souhaitable que le juge appelé à appliquer ces nouvelles dispositions leur fixe des limites claires en précisant l'interprétation devant être faite de l'article 1139 du Code civil : seul le dol *positif* devrait en effet rendre « toujours excusable » l'erreur. A l'inverse, le silence gardé, même intentionnellement, ne nous semble devoir être source de nullité *qu'à la condition que l'ignorance invoquée soit légitime en raison de l'absence pour l'errans d'obligation de se renseigner*.

323. Un élément relativement efficace de prévention du risque – En second lieu, il semble que considérée dans sa fonction de prévention des risques, la notion de prévisibilité constitue *un fondement moins affirmé quoi que sous-jacent*. Cela se ressent particulièrement si l'on

considère l'évolution des techniques d'information des contractants qui s'explique par la recherche d'une prévisibilité toujours plus importante du risque. L'indétermination de l'avenir se trouve en outre efficacement circonvenue par le principe de la force obligatoire des conventions, qui permet aux parties d'enfermer leur avenir dans un cadre normatif prévisible. A cet égard il conviendra d'évaluer dans la suite de cette étude le caractère opportun ou non de la brèche ouverte dans cette prévisibilité de principe par l'article 1195 du Code civil qui a consacré la théorie de l'imprévision. La prévention des risques proprement juridiques, trouvant leurs sources dans l'activité législative ou dans l'interventionnisme du juge fait aussi l'objet d'une régulation préventive, aux fins d'assurer la prévisibilité de l'environnement normatif du contrat. La réalité de cette régulation apparaît néanmoins très relative, et les hypothèses dans lesquelles les prévisions des parties pourront se trouver remises en causes, nombreuses.

324. *Un bilan contrasté* – Eu égard à ses applications diverses et à sa présence transversale dans nombre de mécanismes juridiques essentiels de la matière, il était alors nécessaire de s'interroger sur la qualification normative pouvant être reconnue à l'exigence de prévisibilité. Le bilan du droit positif apparaît sur ce point très contrasté, dans la mesure où aucune consécration formelle explicite d'un principe général de prévisibilité contractuelle n'est intervenue, alors même que la notion se trouve implicitement consacrée à travers nombre de valeurs qui, elles, se sont vues reconnaître cette qualité. L'exemple le plus symptomatique est sans doute celui de la sécurité juridique, dont la prévisibilité constitue l'« essence »¹²⁶². Pourtant, la prévisibilité apparaît non seulement comme une notion *utile* pour harmoniser les mécanismes dédiés à la régulation du risque contractuel, mais encore elle semble apte à entrer dans la définition matérielle d'un principe directeur. Dès lors sa consécration peut sembler souhaitable, à la condition que sa mise en œuvre comme telle apparaîtrait constituer un réel apport pour la matière, ce qu'il convient désormais de vérifier...

¹²⁶² T. PIAZZON, *op. cit.*, p. 44.

PARTIE II :
LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREVISIBILITE
COMME PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT
DES CONTRATS

325. *Consécration souhaitable de la prévisibilité contractuelle* – Tant l’observation des évolutions du droit, ces dernières décennies et jusqu’aux plus récentes¹²⁶³, que la recherche d’éléments structurants à même de lui assurer une cohérence gage de son efficacité, inclinent à souhaiter une reconnaissance d’un principe directeur de prévisibilité contractuelle. Encore est-il nécessaire, une fois soulignée sa nécessité, de tirer les conséquences du principe énoncé, et d’esquisser les lignes directrices de sa mise en œuvre. Quelques principes élémentaires nous semblent d’ores et déjà pouvoir être énoncés, qui devront guider l’élaboration d’un cadre dans lequel serait appelé à jouer ce nouveau principe.

326. *Apport d’un principe de prévisibilité contractuelle* – Les diverses manifestations de l’exigence de prévisibilité en droit positif ont été soulignées. Elles sont le révélateur d’une aspiration légitime du droit des contrats – car au premier chef de ses sujets, les contractants – à une attention plus grande portée non d’abord aux prévisions formées¹²⁶⁴, *mais au processus devant conduire à leur élaboration*. Sans prévisibilité point de prévisions valables, et donc point de contrat.

¹²⁶³ La réforme de 2016 est ainsi venue consacrer d’innombrables orientations jurisprudentielles, significatives de la montée en puissance de la prévisibilité dans le droit des contrats.

¹²⁶⁴ Ce qui distingue très nettement l’exigence de prévisibilité d’autres théories telle que celle des attentes légitimes ou même de protection de la confiance légitime qui a plus une fonction curative que préventive...

La matière était classiquement dominée par une approche très « objectiviste » : l'autonomie de la volonté¹²⁶⁵ étant quasiment la seule concession faite – *ab initio* – à la subjectivité des parties, une fois le contrat formé et les prévisions contractuelles figées, les grandes règles de la mécanique contractuelle devaient plus à l'airain de la loi protectrice de l'ordre des choses tel qu'il avait été fixé une bonne fois pour toutes, peu important les conditions dans lesquelles ces prévisions avaient été formées ni celles dans lesquelles elles allaient s'exécuter. La volonté étant reine, le mot de FOUILLEE est bien connu : « tout ce qui est contractuel est juste »¹²⁶⁶. L'évolution vers une plus grande attention portée aux parties¹²⁶⁷, décrite et accompagnée par la doctrine solidariste, semble avoir conduit le droit des contrats vers une philosophie plus subjectiviste avec la montée en puissance des obligations d'information, de coopération, ou encore du devoir de loyauté. L'éventuelle consécration d'un principe de prévisibilité contractuelle serait selon nous de nature à *accentuer encore cette évolution vers la considération accrue portée au processus de formation des prévisions, plus qu'aux prévisions elles-mêmes*.

327. Acteurs de la mise en œuvre de la prévisibilité contractuelle – Une fois énoncé le principe, et souligné l'intérêt que pourrait présenter sa consécration, la question se pose des acteurs de sa mise en œuvre. Le contrat offre en effet – en droit français du moins – l'image d'une relation complexe entre la volonté des parties et le droit positif : la relation contractuelle est en effet le fruit de règles qui trouvent leur source tout à la fois *dans la convention des parties et dans des sources extérieures* que sont la loi, la jurisprudence, la pratique commerciale, etc. La mise en œuvre de la prévisibilité contractuelle apparaît dès lors sous un jour contrasté, fruit tout à la fois de normes extérieures au contrat et des dispositions que se donnent les contractants eux-mêmes. Or il apparaît que cette juxtaposition de règles pose deux séries de difficultés...

En premier lieu il semble évident qu'une coexistence des sources est susceptible d'entraîner une confrontation des normes dans le cas par exemple où le niveau de risque admis par la loi dans tel ou tel type de contrat se heurterait à une disposition différente de la part des parties. Ainsi par exemple d'une clause limitative de responsabilité venant amoindrir la réparation

¹²⁶⁵ Pour peu qu'on puisse lui attribuer une quelconque existence en tant que principe juridique, ce qui peut être contesté, V. par ex. : M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016, p. 92.

¹²⁶⁶ V. aussi la conception de la justice contractuelle dans l'analyse économique du droit : le contrat est considéré comme juste dès lors qu'il est le résultat d'un choix rationnel et libre, sans autre considération objective (E. BROUSSEAU, « L'Economiste, le Juriste et le Contrat », in. *Le contrat au début du XXI^e siècle : Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 155).

¹²⁶⁷ V. sur ce point : H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, p. 614, n°3.

due, aux termes de la loi, en cas d'inexécution ; ou encore d'une clause par laquelle une partie éluderait une garantie légale en acceptant la chose vendue « à ses risques et périls ». D'un autre côté, il faut admettre que, nonobstant le principe de liberté contractuelle, tout ne saurait être permis aux contractants¹²⁶⁸, au risque de violer les exigences de la justice voire, tout simplement, de créer une relation qui desservirait leurs intérêts au lieu de les servir, ce qui est tout de même la fin première de tout contrat. *Il en résulte qu'il apparaît nécessaire tout d'abord de proposer les termes d'une conciliation efficace de ces deux ensembles de règles.*

En second lieu la régulation légale du risque apparaît comme souffrant d'une impuissance relative due à la nature même de la règle légale : son champ d'action demeure limité par la condition de la personnalité juridique de son destinataire laissant hors de son emprise l'ensemble des risques dont la source n'est pas réceptive à la normativité¹²⁶⁹. En outre, la loi ne semble pas pouvoir imposer une gestion uniforme du risque sans méconnaître le principe de liberté contractuelle, en vertu duquel les contractants demeurent libres, étant sauf le respect de l'ordre public, de tracer les contours de leur relation et du risque qu'ils acceptent d'y intégrer. *Cela conduit donc à poser les limites de la régulation légale par rapport au contrat sur ce point.*

328. Subsidiarité de la régulation légale et primauté de la régulation conventionnelle – Il résulte de ces deux constats – *nécessité d'une conciliation des règles légales et conventionnelles* et *limites intrinsèques de la régulation légale* – que la prévisibilité contractuelle doit passer *principalement par l'aménagement d'une régulation conventionnelle par les parties*, sous réserve du respect par elles des exigences de l'ordre public¹²⁷⁰. La

¹²⁶⁸ Le caractère supplétif des règles issues de l'ordonnance du 10 février 2016 a été largement commenté, notamment en raison de la précision apportée dans certaines dispositions du caractère d'ordre public de celles-ci (not. : articles 1104 et 1112 relatifs à l'impossibilité de déroger conventionnellement à la bonne foi, ; 1112-1 relatif au devoir d'information ; 1162 sur l'impossibilité de déroger à l'ordre public ; ...), laissant entendre que pour le reste les parties seraient libres de déroger aux dispositions légales. Le *Rapport au Président de la République* semble conforter cette analyse : « le caractère supplétif s'infère directement de l'article 6 du Code civil et des nouveaux articles 1102 et 1103, sauf mention contraire explicite de la nature impérative du texte concerné. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception ». Pour autant la liberté contractuelle demeure strictement encadrée, que ce soit de manière explicite par la mention du caractère d'ordre public d'une définition (cf. les exemples cités supra), ou implicitement en raison de « considérations tenant au caractère fondamental de la prescription édictée – par exemple celle prohibant la violence, les engagements perpétuels, ou la constitution d'un titre de preuve à soi-même –, ou de considérations tenant à la protection des tiers – afin, par exemple, que ceux-ci puissent connaître l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel, demander la nullité absolue ou se prévaloir du contrat – [qui] peuvent justifier l'impérativité d'une règle malgré son silence sur ce point précis et malgré le principe de liberté contractuelle » (O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 12).

¹²⁶⁹ Cf. *supra* n°155.

¹²⁷⁰ Article 1102 alinéa 2 du Code civil : « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

régulation légale du risque ne pourra être quant à elle que *subsidaire* : à destination du seul risque de nature personnelle, et renvoyant pour le reste à la liberté des contractants, qui peuvent seuls intégrer efficacement les modalités d'une gestion du risque dans l'équilibre des intérêts qui préside à la formation du contrat.

329. Annonce du plan – La consécration d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle devrait donc avoir pour préalable *le constat des limites inhérentes à l'instauration d'une prévisibilité légale du risque (Titre I)*. La loi a, certes, un rôle à jouer dans la mise en œuvre de la prévisibilité, mais il ne pourrait s'agir alors que d'une régulation subsidiaire, *destinée à combler les insuffisances d'une prévisibilité conventionnelle qui devrait être encouragée (Titre II)*.

TITRE I :

UNE MISE EN ŒUVRE LIMITÉE : **LA PRÉVISIBILITE LÉGALE**

330. Périmètre d'une mise en œuvre légale de la prévisibilité – Pour que la mise en œuvre d'un principe de prévisibilité soit efficiente, il importe de définir d'abord le rôle que doit jouer le droit positif à son égard. En effet, l'existence d'un certain nombre de conditionnements précédemment évoqués¹²⁷¹ implique de déterminer de façon précise *le périmètre des interventions du droit* : soit son *objet*, les *instruments* par lesquels pourra être mis en œuvre ce principe, et les *finalités* qui justifient et expliquent cette mise en œuvre...

331. Objet de la prévisibilité légale – L'action *du droit* en faveur de la prévisibilité contractuelle apparaît limitée sur un plan technique par la nature même de celui-ci : ensemble de normes juridiques d'origines diverses (loi, jurisprudence, pratique et usages commerciaux,...), l'efficience du droit des contrats se trouve conditionnée par la réceptivité à la norme du destinataire de celle-ci. Dans sa fonction *préventive*, seul le risque trouvant sa source dans l'action d'une personne juridique sera donc susceptible d'être éliminé. Les risques impersonnels ne pourront en effet faire l'objet que d'une régulation indirecte par des mécanismes d'isolement ou d'intégration au sein du contrat.

332. Instruments légaux pour assurer la prévisibilité – Les instruments juridiques qu'il est possible de mobiliser pour parvenir à une mise en œuvre du principe de prévisibilité sont tributaires de l'objet de celle-ci. L'action du droit pourra ainsi se déployer pleinement pour assurer la police des comportements contractuels, et plus largement encore de l'ensemble des

¹²⁷¹ Cf. *supra* n°173 et s.

interactions émanant de personnes juridiques susceptibles de perturber les prévisions contractuelles. L'ordonnance du 10 février 2016 témoigne sur ce point d'un renforcement des prescriptions comportementales tant à l'égard des parties¹²⁷² que des tiers¹²⁷³, avec pour effet – plus ou moins apparent – une plus grande prévisibilité contractuelle¹²⁷⁴, tant en ce qui concerne *la mise en capacité de prévoir le risque (fonction préventive)* que *la protection des prévisions légitimement formées (fonction curative)*. Ce renforcement par l'inscription dans la loi s'accompagne en outre d'un élargissement de l'ordre public contractuel explicite¹²⁷⁵ qui exclut nombre de ces dispositions du champ de la liberté contractuelle et contribue, au moins symboliquement, à accroître l'importance de la prévisibilité dans l'ordre des orientations majeures de la matière.

A l'égard des risques impersonnels, le droit positif ne peut en revanche mettre en œuvre que des mécanismes d'isolement¹²⁷⁶, lesquels auront pour seul effet de fournir aux parties l'assurance qu'elles n'en subiront pas le jeu au cas où ces risques se produiraient...

Le principe de la force obligatoire des contrats constitue un support efficace pour l'ensemble de ces mécanismes de régulation¹²⁷⁷ : il permet en effet la prévision-anticipation¹²⁷⁸ en donnant aux parties les moyens de projeter un contenu obligatoire – donc certain – dans l'avenir par nature porteur d'incertitudes¹²⁷⁹, et garantit la pérennité des prévisions-conjectures au cas où cet avenir se révélerait contraire à ce qui avait pu en être légitimement anticipé¹²⁸⁰.

¹²⁷² Par ex. : consécration du devoir de bonne foi tant au cours de la formation (article 1104 et 1112 du Code civil) que de l'exécution du contrat (art. 1104).

¹²⁷³ Article 1200 du Code civil qui dispose que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

¹²⁷⁴ D. FENOUILLET, « Les valeurs morales », *in*. « Le nouveau discours contractuel », Actes du colloque du 1^{er} juin 2016 à l'Université Lille II, *RDC* 2016.595 : « la confiance semble bien, quant à elle, à l'honneur, tant l'ordonnance est soucieuse de la sécurité juridique, que ce soit dans la formation ou dans l'exécution du contrat, et qu'il s'agisse de la sécurité des parties ou de celle des tiers ».

¹²⁷⁵ Ce qui ne signifie pas que le caractère d'ordre public des dispositions qui sont ainsi consacrées n'existait pas avant la réforme ! Sur l'impératif et le supplétif dans la réforme du droit des contrats V. not. : C. PERES, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016.454 ; O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 11.

¹²⁷⁶ Cf. *supra* n°205 et s.

¹²⁷⁷ J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1971, p. 127 : « il serait impossible de faire la liste de tous les moyens mis en œuvre par la volonté pour nier l'effet destructeur de la durée, tous se rattachent plus ou moins à l'idée de force obligatoire des conventions et manifestent l'effort constant de la volonté pour s'arracher à l'emprise du temps ».

¹²⁷⁸ Cf. *supra* n°3 et s.

¹²⁷⁹ Cf. *supra* n°193 et s.

¹²⁸⁰ Du moins était-ce le cas sous l'empire de la jurisprudence *Canal de Craponne*. L'introduction de la révision pour imprévision par l'ordonnance du 10 février 2016 oblige à nuancer cette affirmation et à considérer le principe de force obligatoire des conventions de façon moins catégorique...

333. Finalité de la prévisibilité légale – Le risque prévisible ou imprévisible n'est pas une notion en soi, déliée de toute subjectivité. De la même façon qu'il ne saurait se concevoir à l'écart de toute appréhension intellectuelle du réel, *il implique nécessairement un état erroné des anticipations dans lesquelles sa survenance ou sa réalisation postérieure intervient comme une perturbation ou à l'inverse comme une « confirmation »*. Le droit ne saurait alors rendre prévisible un risque sans prendre en compte la situation concrète des sujets de droit qui s'y trouvent confrontés. *La notion de prévision doit donc se trouver au cœur de la régulation légale*, et donc finalement, à travers elle, la subjectivité des parties au contrat : soit pour permettre la *prévision-anticipation*, soit pour protéger les *prévisions-conjectures* des conséquences néfastes d'une imprévisibilité.

334. Un dépassement de la chronologie traditionnelle du contrat – La prévision contractuelle dans ces deux sens apparaît déliée de la chronologie traditionnelle du contrat : elle est une réalité *dynamique* qui ne se satisfait pas de la stricte partition entre formation et exécution du contrat. IHERING disait de la force obligatoire qu'elle « constitue l'assurance du but *originaire* contre les bouleversements ultérieurs d'intérêts, et contre les revirements d'opinion des parties dans l'appréciation de leurs intérêts »¹²⁸¹. En réalité *chaque instant de la vie du contrat donne naissance à des anticipations* (on parlera alors de croyance ou de confiance légitimes) bien au-delà du strict contenu originare du contrat : un auteur remarquait « tel est le contrat après la codification [de 1804] : créateur d'effets juridiques contemporains de sa formation, et épuisé par cette production », mais les évolutions contemporaines ont conduit à « l'acceptation du changement dans le cours du contrat, battant en brèche un contenu obligationnel figé. [...] *Au lieu que le contrat s'enferme dans le cercle des volontés originaires, il admet que les obligations qui le mettent en œuvre puissent être conçues au fur et à mesure, au gré des besoins effectifs* »¹²⁸².

Dès lors, la question se pose évidemment d'un renouvellement de l'analyse du principe de force obligatoire dans un sens plus dynamique, d'autant que l'évolution contemporaine vers une toujours plus grande flexibilité de ce principe invite à une remise en question de la vision classique¹²⁸³ : droit de rétractation, de résiliation unilatérale, possibilité de demander la

¹²⁸¹ IHERING, *Zweck im Recht*, trad. MEULENAERE, 1901, n°36, p. 49, cité par J. HAUSER, *op. cit.*, p. 126. Nous soulignons.

¹²⁸² R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », in. *Mélanges offerts à J-L AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 224-225.

¹²⁸³ ROLAND et BOYER remarquaient ainsi qu'« en droit privé, si la Cour de cassation rappelle volontiers « cette clause de sauvegarde suprême » que constitue l'article 1134 [désormais 1103], il s'en faut que ce principe fondamental soit scrupuleusement respecté. Un des phénomènes majeurs du droit moderne est le dirigisme tant

révision du contrat en cas de survenance d'un événement imprévu (article 1195 du Code civil), forçage du contrat, valeur d'engagement donnée contre la volonté même des parties à certains éléments de la négociation contractuelle¹²⁸⁴, etc. Autant d'éléments pouvant conduire à reconsidérer la place que tient *la conclusion* du contrat dans l'aménagement d'un temps marqué par la certitude...

335. Relativisation du rôle de la conclusion du contrat – Si ce qui oblige est la volonté reçue plus que la volonté émise¹²⁸⁵, le temps contractuel apparaît alors comme *successif*, car des « attentes » pourront naître à la formation du contrat certes, *mais aussi tout au long de sa vie*, et il s'ensuit que la rencontre des volontés ne saurait dès lors être considérée comme le siège d'une prévision fondamentale dont découleraient l'ensemble des éléments obligatoires de son exécution¹²⁸⁶, mais comme une source *parmi d'autres* d'attentes¹²⁸⁷ : « plutôt que de se cramponner sur la valeur morale attachée à la parole donnée par le débiteur pour expliquer

jurisprudentiel que législatif en matière de conventions. La loi contractuelle est refoulée, provisoirement au moins, par la pratique grandissante des moratoires et des délais de grâce, volontiers accordés à des débiteurs trop facilement réputés de bonne foi. Elle est bafouée par l'adjonction d'obligations auxquelles les parties n'avaient jamais songé, ce qui voue parfois le contrat à une « inflation inattendue » ; on l'observe avec le fabuleux développement de l'obligation de sécurité et du devoir de conseil dans la quasi-totalité des contrats. Elle est proprement violée lorsque la conclusion du rapport contractuel (par exemple, contrats imposés) ou le renouvellement de la situation juridique établie initialement *ex voluntate* (par exemple, maintien dans les lieux) procède d'une décision autoritaire des pouvoirs publics » (H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n°308). V. aussi : L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2004, n°17, p. 77 et s.

¹²⁸⁴ Com. 23 janvier 2007, n°05-13189, Bull. IV, n°12 : D.2007.442, obs. X. DELPECH ; *RTDCiv.*2007.340, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Defrénois* 2007, article38624, n°48, obs. E. SAVAUX. V. aussi : Civ. 1, 6 mai 2010, n°08-14461 : « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant » : D.2011.472, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP* 2010, n°922, note LABARTHE ; *ibid.* n°983, obs. J. GHESTIN ; *RDC* 2010.1197, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.* 2010.580, obs. P-Y. GAUTIER.

¹²⁸⁵ V. sur ce point : H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 44 (l'auteur s'inscrit cependant en faux contre l'idée d'une telle redéfinition de la force obligatoire qui lui apparaît « porter la ruine de la sécurité juridique, impératif qui doit pourtant commander prioritairement tout système juridique... ») ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016, p. 92-93, n°75 ; D. FENOUILLET, préc., p. 595 : l'auteur remarque que la réforme « fait de la force obligatoire du contrat l'un des principes explicites situés dans ses dispositions liminaires [...] et la renforce [...] Or une telle faveur semble moins procéder de la vertu morale de la parole donnée, que de la valeur sociale de la parole reçue, ie de la confiance légitime attachée à la promesse ». V. aussi : R. LIBCHABER, préc., p. 216, n°6 : « la volonté de chacun n'opère pas en ce qu'elle est volonté, *mais parce qu'elle est captée par une volonté concordante qui la fige* » (nous soulignons).

¹²⁸⁶ *Contra* : V. R. LIBCHABER, préc., p. 211 et s., spéc. n°7 et s.

¹²⁸⁷ La portée de l'article 1103 du Code civil doit donc être relativisée : elle n'empêche création *sine die* d'un espace dénué de risques *que lorsque la conclusion du contrat fait naître une attente raisonnable en ce sens*, ce qui ne sera pas le cas par exemple en présence d'une faculté légale de rétractation qui met en suspens l'exécution des obligations pourtant existantes puisque le contrat est formé (Civ.1, 10 juin 1992, n°90-17267, Bull. civ. I, n°178 : CCC 1992, n°195, note G. RAYMOND ; Civ.3, 13 février 2008, n°06-20334 : *RTDCiv.*2008.293, obs. B. FAGES) et fait peser sur son existence même un risque d'anéantissement rétroactif. De même en est-il classiquement lorsqu'un événement constitutif d'un cas de force majeure vient empêcher, temporairement ou définitivement, l'exécution par une partie de ses obligations sans qu'il soit possible de mettre en œuvre sa responsabilité contractuelle : le fait est que lors de la conclusion du contrat, le droit laisse peser sur l'exécution de ce qui a été convenu certaines incertitudes.

l'irrévocabilité et l'intangibilité du contrat, le droit français pourrait les faire reposer sur la confiance – légitime – *qu'inspirent au créancier les paroles et les actes du débiteur et déterminent la portée de la force contraignante du lien contractuel à l'aune des attentes raisonnables de celui-là* au regard de la promesse reçue par celui-ci »¹²⁸⁸.

Pourtant une telle analyse, qui trouve un écho chez nombre d'auteurs¹²⁸⁹, ne va pas de soi, dans la mesure où *une refondation de l'effet obligatoire des contrats sur une assise subjective rejaillit inévitablement sur la définition même du contrat*¹²⁹⁰. Il y a là une autre limite, théorique celle-là: la mise en œuvre du principe de prévisibilité dans sa fonction *curative*, consistant à donner pour objet à la force obligatoire qui assortit le contrat, les attentes légitimes des parties, se heurte immanquablement à la conception traditionnelle de celle-ci en droit français...

336. Annonce du plan – La mise en œuvre d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle doit donc être évaluée en tenant compte d'une part de la limite *théorique* que lui pose la définition même du contrat comme « un *accord de volontés* destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »¹²⁹¹ (**chapitre 1**), et d'autre part de celle, *technique*, qui cantonne aux seuls risques personnels ses possibilités d'interventions préventives (**chapitre 2**).

¹²⁸⁸ H. KENFACK, préc., p. 128 (nous soulignons).

¹²⁸⁹ V. not. la recension d'auteurs favorables à une réorientation de la force obligatoire vers la protection de la confiance légitime des parties effectuée par M. le Professeur KENFACK (préc., p. 126).

¹²⁹⁰ M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 90, n°73 : qui souligne le lien tout à fait fondamental entre la notion de contrat et celle de force obligatoire : cette dernière « est même *de l'essence du contrat* : en d'autres termes, un accord non obligatoire ne pourrait être juridiquement qualifié de contrat » (nous soulignons). Inévitablement donc tout questionnement sur le contenu de la force obligatoire induit une relecture du mécanisme contractuel lui-même, et donc de ce que l'on entend par contrat : « en ne se tournant plus exclusivement vers le débiteur, mais en recherchant les assises de la force obligatoire du contrat auprès des deux contractants, on peut proposer un fondement plus technique : le contrat devrait être respecté car il est acte de prévision. Respecter le contrat, c'est respecter les prévisions des contractants et celles-ci ne doivent pas être trahies, si l'on veut bien admettre que le contrat est le plus sûr moyen – sinon le seul – dont dispose l'homme pour se projeter dans l'avenir, projection elle-même indispensable » (H. LECUYER, préc., p. 44. Nous soulignons).

¹²⁹¹ Article 1101 du Code civil.

Chapitre 1 :

Limite théorique tenant à

la définition du contrat

337. Emergence de nouveaux fondements doctrinaux – Le rôle dans le processus contractuel de la notion de confiance ou de croyance légitime a été évoqué : elle paraît plus apte à justifier¹²⁹² et à réguler le mécanisme de la force obligatoire que les théories classiques de l'autonomie de la volonté (ce « mythe périmé » selon le mot bien connu de STARCK, ROLAND et BOYER, qui n'a plus guère cours dans la doctrine contemporaine¹²⁹³), ou du consensualisme, en prenant en compte l'ensemble des prévisions qui constituent le support du contrat et qui toutes ne portent pas sur un engagement personnel du cocontractant de type obligationnel : le contrat est en effet une norme générale qui engage globalement ceux qui la souscrivent¹²⁹⁴.

Il semble en outre plus difficile, à l'heure où le juge n'hésite plus à découvrir dans le contrat des obligations implicites¹²⁹⁵ ou à sanctionner l'apparence d'engagement contre le lien contractuel lui-même¹²⁹⁶, d'identifier la naissance de la force obligatoire à la seule rencontre des volontés initiatrices du contrat. En vérité, l'évolution d'ensemble du droit des contrats au cours des dernières décennies engage à réexaminer la définition du lien obligatoire dans un sens plus subjectif, moins volontariste, et donc beaucoup plus large.

¹²⁹² Sur la différence entre fondement et justification : P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A LYON-CAEN, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, t. 408, 2004, p.5, n°8 et p. 133, n°179.

¹²⁹³ M. le Professeur GHESTIN affirmait ainsi : « L'autonomie de la volonté entendue comme l'exercice d'un pouvoir souverain parallèle et concurrent à la loi semble bien être écartée aujourd'hui par la plupart des auteurs. Elle est en tout cas incompatible avec l'état actuel du droit positif » (*in*. « La notion de contrat », D.1990.149. V. pour une critique de la notion et de sa juridicité : M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 61 et s. *Contra* : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1963. V. aussi : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrages, 1^{ère} éd., 2004, p. 1945.

¹²⁹⁴ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDCiv.* 1999.771.

¹²⁹⁵ V. not. : G. LYON-CAEN, « L'obligation implicite », *APD* 2000, n°44, p. 109 (en droit du travail).

¹²⁹⁶ V. not. sur les développements contemporains de la théorie de l'apparence : A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrats*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, 2004 ; C. GRIMALDI, « Quasi-engagement et engagement en droit privé », préf. Y. LEQUETTE, *Deffrénois*, coll. Doctorat et Notariat, 2007.

338. A la recherche de la justification subjective de la force obligatoire – Les débats relatifs au *fondement* de la force obligatoire des contrats sont anciens et conduisent à opposer classiquement la puissance de la volonté d'une part, et l'intégration de l'acte de volonté dans une hiérarchie normative dont il recevrait la sanction d'autre part (l'on fera alors plutôt référence au conditionnement explicite de l'attribution d'une normativité aux seuls contrats « légalement formés »¹²⁹⁷). Cette opposition s'avère peu satisfaisante, non seulement parce que les théories en présence s'épuisent mutuellement dans une dialectique qui ne dit rien de la cause finale du mécanisme (c'est-à-dire de ce qui le justifie) ; mais encore parce que l'évolution du droit tout au long du XX^e siècle, et plus encore ces dernières décennies, apparaît marquée par une tendance plus utilitariste que dogmatique, et l'on serait bien en peine de faire émerger une ligne de partage cohérente et absolue conduisant à retenir l'un de ces fondements plutôt que l'autre¹²⁹⁸.

Il semble donc que les termes du débat doivent être déplacés sur un autre terrain, plus propice à une systématisation : celui de la *justification*¹²⁹⁹ de la force obligatoire, plus que de sa cause efficiente. De ce point de vue, l'opposition classique trouve encore à s'exprimer et l'on a souvent dit du contrat qu'il devait être respecté en raison de la parole donnée qui ne pourrait être reprise, héritage d'une vision chrétienne de l'engagement¹³⁰⁰. Les hommes se lieraient par des paroles selon le mot fameux de LOYSEL, et l'honneur, la morale, l'honnêteté exigeraient ensuite que ce qui a été promis soit tenu. Pourtant, la pensée juridique contemporaine semble avoir dépassé cette conception des choses. Ainsi, un auteur, soulignant la difficulté que pouvaient poser les fondements classiques, d'essence volontariste, qui exigent de discriminer « les comportements qui révèlent une véritable volonté de contracter de ceux qui ne traduisent qu'une simple intention, sans valeur juridique » conclut que « ce n'est pas la valeur que

¹²⁹⁷ Article 1103 du Code civil.

¹²⁹⁸ Sous certains aspects en effet, le libéralisme qui a constitué un marqueur idéologique fondamental du droit des contrats au XIX^e siècle s'est indéniablement effacé devant un ordre public de plus en plus envahissant : la volonté tient une place qui peut sembler désormais résiduelle devant l'ensemble des inoculations auxquelles procède la loi, soit directement, soit indirectement par le bras du juge, au sein du mécanisme contractuel (notamment par le biais de la montée en puissance d'un ordre public de protection, principalement dans les divers droits spéciaux, mais avec d'évidentes retombées en droit commun), mais on ne pourra pourtant que constater sous d'autres aspects une accentuation du mouvement de contractualisation du droit (M. MEKKI, « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », in *La contractualisation de la production normative*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (s. la dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 323. Pour une analyse générale du phénomène, au-delà du seul droit des contrats : A. SUPIOT, « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », in *Approche critique de la contractualisation*, S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (s. la dir.), coll. Droit et Société, n°16, LGDJ, 2007, p.19) conduisant paradoxalement à un recul de l'ordre public...

¹²⁹⁹ *Contra* : H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 651, pour qui : « chercher dans les prévisions des contractants, qui ne devraient pas être trahies, l'explication de la force obligatoire semble vain ».

¹³⁰⁰ H. ROLAND, L. BOYER, *op. cit.*, n°308, spéc. p. 613.

l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, *mais la signification objective que les tiers, et spécialement le contractant, ont pu légitimement lui attribuer* »¹³⁰¹. On s'orienterait donc vers une conception plus subjective de la force obligatoire, qui trouverait sa justification non dans la volonté *émise*, mais dans la volonté *reçue*, c'est-à-dire suscitant chez le récepteur une *croyance*.

339. Dangers d'une conception subjective de la force obligatoire – Une telle évolution est-elle souhaitable ? La question se pose légitimement, et la doctrine se divise¹³⁰² car il faut en effet reconnaître qu'une telle redéfinition du contrat n'est pas sans danger, en particulier sur le plan de la sécurité juridique¹³⁰³, et la question est souvent soulevée de son utilité¹³⁰⁴, voire de l'imprévisibilité (suprême paradoxe...) qu'elle ferait peser sur le contrat en raison notamment de la « malléabilité »¹³⁰⁵ des concepts d'attente ou de confiance légitime¹³⁰⁶...

L'on peut alors se demander si la notion de prévisibilité, qui a vocation à surplomber sur un plan théorique les déclinaisons sectorielles que sont le « principe » de confiance légitime ou de protection des attentes légitimes¹³⁰⁷ (lesquels n'ont d'ailleurs fait l'objet d'aucune consécration en droit français), souffre des mêmes critiques.

La réponse nous semble contrastée : par le recours au standard d'appréciation de l'individu raisonnable, et par sa généralité, l'idée de prévisibilité apparaît pouvoir être le siège d'indéterminations néfastes pour les justiciables, et ne saurait en tout cas prétendre expliquer l'ensemble des techniques parfois contradictoires de régulation du risque mises en œuvre *de lege lata*. En revanche la réciprocité qui la sous-tend et commande sa mise en œuvre, nous semble de nature à pondérer la recherche de la confiance légitime ou des attentes légitimes aux fins de sanctionner leur violation, dans le cas où ces théories viendraient à être consacrées en droit positif français, ce que l'évolution contemporaine du droit ne rend pas totalement improbable...

¹³⁰¹ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*1990.151. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 92 : « la volonté est une condition nécessaire mais non pas suffisante de la force obligatoire du contrat ».

¹³⁰² Parmi les auteurs favorables à cette évolution : H. KENFACK, *préc.*, spéc. p. 126, qui cite notamment : F. TERRE, « Synthèse », *in. Le doute et le droit*, Dalloz, 2004, spéc. p. 7 ; G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, coll. *Bibl. de dr. privé*, t. 132, 1973, spéc. n°367.

¹³⁰³ V. not. : H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? » *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 45.

¹³⁰⁴ V. par ex. : G. GUERLIN, *L'attente légitime*, Amiens, 2008, p. 311, n°421.

¹³⁰⁵ *Idem, ibid.*

¹³⁰⁶ *Idem*, p. 97 et s ; T. GENICON, *préc.*, n°8.

¹³⁰⁷ Cf. *supra* n°169 et s.

340. Annonce du plan – L’opportunité d’une refondation du principe de force obligatoire dans un sens plus subjectif doit donc être évaluée à l’aune de l’idée de prévisibilité avec laquelle elle entretient une relation paradoxale. Cette évaluation apparaît très contrastée (**section 1**), et appelle un encadrement strict d’une éventuelle évolution du principe de force obligatoire des contrats sur un tel fondement, afin de garantir la prévisibilité des situations juridiques (**section 2**).

Section 1 : L’évaluation d’une refondation du principe de force obligatoire

341. Introduction – Si la notion d’*attente* est certainement présente de façon diffuse dans un certain nombre de mécanismes, ces « fragments »¹³⁰⁸ sont encore loin d’avoir la cohérence d’une théorie structurée et donc efficiente. Pourtant l’intégration de plus en plus forte du droit français dans des systèmes juridiques réceptifs à cette notion oblige à réfléchir à une évolution qui peut paraître inéluctable, d’autant que « la comparaison, qu’elle soit conceptuelle ou fonctionnelle dévoile [...] un droit français des contrats de plus en plus tourné vers les attentes des contractants »¹³⁰⁹, sans pour autant que cette notion se voit encore pleinement consacrée. On notera tout au plus quelques apparitions remarquée, notamment à propos du défaut de conformité dans la vente de biens aux consommateurs¹³¹⁰, et dernièrement en droit commun des contrats par le biais de l’article 1166 du Code civil, issu de l’ordonnance du 10 février 2016, qui renvoie aux « attentes légitimes des parties » pour déterminer la qualité de la prestation lorsqu’elle « n’est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat »¹³¹¹.

342. Annonce du plan – Néanmoins, l’attente légitime est dans le même temps familière au juriste français, tant la doctrine a su percevoir de longue date ces influences extérieures sur

¹³⁰⁸ J. CALAIS-AULOY, préc., p. 178.

¹³⁰⁹ P. LOKIEC, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.2007.321*. H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d’attentes légitimes », *RIDC* n°3, 2005, p. 627 et s.

¹³¹⁰ Article L. 217-5 du Code de la consommation à propos du défaut de conformité dans la vente de biens aux consommateurs.

¹³¹¹ V. cependant : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 280-281 et E. SAVAUX, « Le contenu du contrat – articles 1127, 1161 à 1170 », *JCP G* 2015, supplément au n°21, p. 24 n°11 qui relativisent la portée de ce texte.

notre droit¹³¹², qui ont suscité nombre de critiques. La définition de la notion apparaît en effet malaisée et laisse apparaître une « malléabilité »¹³¹³ pouvant être la cause d'une imprévisibilité néfaste (**sous-section 2**). En outre, elle apparaît d'un intérêt relatif comme assise d'une régulation *a posteriori* du risque, notamment en raison de son impuissance à assurer une prise en compte des risques autres que personnels (**sous-section 1**).

Sous-section 1 : L'intérêt relatif de la notion d'attente légitime

343. Une théorie moderne mais controversée – On a pu dire que la théorie de l'attente légitime constitue « la contribution la plus récente à la redéfinition de la force obligatoire du contrat »¹³¹⁴. Appréhendée en tant que résultat d'un processus psychologique d'appréhension de la réalité, cette notion entretient un lien étroit avec celle de *croyance* ou de *confiance* légitime au centre de toutes les attentions depuis que la juridiction suprême de l'ordre administratif a procédé, voilà plus d'une décennie à la consécration partielle en droit interne du principe de sécurité juridique, dont elle constitue le volet subjectif¹³¹⁵.

Pourtant, tant le caractère très limité de sa réception en droit français (§1), que son insuffisance conceptuelle (§2) font que le recours à la théorie des attentes légitimes aux fins de refonder la force obligatoire des conventions dans une optique de prévisibilité semble présenter un intérêt limité.

¹³¹² V. entre autres : X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, préf. M. HANOTIAU, Bruylant, LGDJ, 1995 ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in. *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 172 et s. ; V-L. BENABOU, M. CHAGNY (s. la dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008 ; G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, th. Amiens, 2008.

¹³¹³ G. GUERLIN, *op. cit.*, n°421, p. 311.

¹³¹⁴ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, coll. Bibl. de dr. pr., t. 382, 2002, n°491, p. 254.

¹³¹⁵ J-P PUISOCHET, H. LEGAL, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in. *Le principe de sécurité juridique* (dossier), Cahiers du Conseil constitutionnel, n°11, 2001, p. 103 (citant D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte? », in. *Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, 2000) : « la confiance légitime est "le versant subjectif du principe objectif de sécurité juridique", son sous-ensemble tendant à la protection des situations légitimement acquises par les particuliers en cas de mutation de la règle; il est la sécurité juridique "vue sous l'angle du particulier", un aspect de celle-ci, un peu comme la garantie des droits de la défense est un aspect du principe du contradictoire ».

§1 : Une réception timide de la notion en droit français

344. La tentation anglaise... – L'origine de la théorie des attentes légitimes doit être recherchée dans le droit anglo-saxon qui, à la différence du système continental, accorde moins d'importance au lien abstrait entre deux volontés – la convention – *qu'à l'effet concret que peut avoir chez celui qui la reçoit, la promesse d'un contractant*¹³¹⁶. De ce fait, au-delà des hypothèses restrictives dans lesquelles la promesse acquiert force obligatoire en *Common Law*¹³¹⁷, une promesse pourra néanmoins se voir reconnaître un effet juridique sur le fondement de l'*equity*, ce qu'a donné à voir le promettant de ses intentions (réelles ou fausses) jouant alors un rôle capital dans l'identification d'un éventuel engagement. Pour R.E. KEETON, qui le premier élaborait la théorie des attentes légitimes dans le droit américain des assurances, « les attentes raisonnables objectivement conçues par les souscripteurs et les bénéficiaires de contrats d'assurance seront honorées quand bien même une lecture studieuse des stipulations contredirait ces attentes »¹³¹⁸. L'effet psychologique de la volonté reçue¹³¹⁹ est donc, selon cette analyse, susceptible de prévaloir sur la volonté exprimée.

345. La Promissory estoppel – Un tel système trouve ainsi à s'appliquer par exemple par le biais de la *Promissory estoppel*, notamment à l'occasion de la rupture de pourparlers menés en dehors de tout accord de négociations : lorsqu'« une personne adopte une conduite telle que les tiers, induits en erreur, agissent, en raison de cette conduite, de manière à nuire à leurs propres intérêts, elle est irrecevable à nier la réalité des faits dont elle a créé l'apparence »¹³²⁰. Dans ce cas, si « une partie crée à l'égard d'un partenaire une représentation claire et dépourvue d'ambiguïté sur certains faits, avec l'intention que ce

¹³¹⁶ Cf. H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 3.2005, p. 627 et s., qui propose de rapprocher ce mécanisme des *reasonable expectations* (qui sont l'« espérance de profit qu'une partie espère retirer du contrat »), ou de la *reliance* (« comportement du créancier qui agit sur la foi du contrat ») : grâce à ces deux notions, « l'acte de foi posé par le créancier lorsqu'il consent au contrat, est pris en considération » (p. 629).

¹³¹⁷ Deux éléments sont requis pour que la promesse ait force obligatoire : soit *a deed* (signature attestée), soit *a consideration* (prix qui constitue la contrepartie de la promesse, et qui s'apparente à la cause objective en droit français). V. R. DAVID, D. PUGLEY, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^e éd. 1985.

¹³¹⁸ R.E. KEETON, « *Insurance law rights at variance with policy provisions* », *Harvard Law Review*, 1970, n°5, vol. 83, p. 961 et s., spéc. p. 967. En droit français, on retrouve cette idée dans la législation et la jurisprudence relatives à l'inopposabilité des clauses écrites en petits caractères : cf. *infra* n°639.

¹³¹⁹ Un auteur en parle comme du « sentiment d'anticipation éprouvé par un contractant en considération de sa situation contractuelle » (G. GUERLIN, préc., n°46, p. 38).

¹³²⁰ B. de CONINCK, « Common Law : droits anglais et américain », in. *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, s. la dir. de M. FONTAINE, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXXV, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 66. Nous soulignons.

partenaire s’y fie et en tient compte dans sa façon d’agir, [et que] par la suite, cette représentation s’avère illusoire, alors même que le partenaire qui s’y est fié a agi à son préjudice sur base de cette représentation des faits, l’auteur de ladite représentation est empêché d’en nier la réalité »¹³²¹. En effet toute parole, tout comportement, emporte des conséquences chez celui qui les reçoit : la « volonté, par son expression même, s’est transformée en parole : dès lors, elle ne relève plus du seul for interne et de l’autonomie, mais est entrée dans le for externe, participant ainsi naturellement du lien social »¹³²².

346. La théorie des attentes dans le droit de l’Union européenne – Cette théorie s’épanouit dans certains instruments juridiques transnationaux tels les *Principes UNIDROIT*¹³²³, qui consacrent par exemple l’interdiction de se contredire au détriment d’autrui¹³²⁴. Elle conduit à expliquer « la force obligatoire des contrats en se plaçant non pas du côté de celui qui promet mais plutôt de celui auquel la promesse est faite » et « la promesse oblige parce que quelqu’un a légitimement cru qu’elle serait tenue »¹³²⁵. C’est donc le lien *perçu* plus que le lien *voulu* qui sera considéré et auquel sera donnée la sanction du droit. L’ordre juridique européen accueille en outre depuis longtemps la notion d’attente légitime¹³²⁶, tout comme il consacre de longue date le principe de protection de la confiance légitime comme principe fondamental¹³²⁷ ou général¹³²⁸. Ainsi, dès 1979, le juge communautaire reconnaissait aux justiciables le droit d’invoquer ce principe à l’encontre d’un Etat membre¹³²⁹ : « le droit de réclamer la protection de la confiance légitime s’étend à tout particulier qui se trouve dans une

¹³²¹ *Idem. ibid.* V. aussi : B. FAUVARQUE-COSSON, « La confiance légitime et l’estoppel », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (Décembre 2007).

¹³²² M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n°30.

¹³²³ V. not. : Article 2.1.20 sur les clauses-type, article 7.1.6 sur les clauses limitatives ou élusives de responsabilité, ou encore article 5.1.3 sur le devoir de collaboration entre les parties.

¹³²⁴ Article 1.8 UNIDROIT : « une partie ne peut agir en contradiction avec une attente qu’elle a suscitée chez l’autre partie lorsque cette dernière a cru raisonnablement à cette attente et a agi en conséquence à son désavantage ».

¹³²⁵ *Idem, ibid.* V. aussi : Ph. STOFFEL-MUNCK, *L’abus dans le contrat, essai d’une théorie*, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, t. 337, LGDJ, 2000, p. 474 et s.

¹³²⁶ C.J.C.E, 3 mai 1978, *Töpfler c. Commission*, Rec. 1978, p. 1019. On notera également l’article 6 :101 P.D.E.C : « (1) La déclaration faite par une partie avant ou lors de la conclusion du contrat est censée avoir donné naissance à une obligation contractuelle si c’est ainsi que l’autre partie l’a entendue eu égard aux circonstances [...] ».

¹³²⁷ C.J.C.E, 5 mai 1981, *Dürbeck*, 112/80, qui inscrit le principe de protection de la confiance légitime comme principe fondamental du droit communautaire.

¹³²⁸ C.J.C.E, 26 avril 1988, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas c. Krücken*, 316/86 qui le consacre comme principe général du droit européen.

¹³²⁹ C.J.C.E, 5 avr. 1979, n° 148/78, *Ratti*.

situation de laquelle il ressort que l'Administration a fait naître dans son chef des espérances fondées »¹³³⁰.

347. Une influence contrastée sur le droit français – La notion pourtant suscite la méfiance des magistrats¹³³¹ et de la doctrine français¹³³² : trop malléable, trop imprécise¹³³³, trop subjective finalement pour servir à autre chose qu'à des solutions d'opportunité...

De nombreux mécanismes semblent pourtant témoigner d'une influence croissante de la notion d'attente légitime en droit positif¹³³⁴. Ainsi par exemple de l'article 48 du code de procédure civile qui répute non écrite la stipulation d'une clause attributive de compétence « à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée »¹³³⁵ ; de l'article L. 112-4 du code des assurances qui dispose que les « clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions *ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents* » ; de l'article L. 211-1 du Code de la consommation en vertu duquel « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels *doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible* »¹³³⁶. A défaut, de telles clauses ne pourraient être invoquées à l'encontre de celui qui, en ayant légitimement ignoré leur existence ou leur signification, et quoi qu'elles manifestent la volonté réelle exprimée dans le contrat, serait en mesure d'invoquer une attente contraire à la mise en œuvre d'une telle clause.

La même idée prévaut en matière de responsabilité du fait des produits défectueux¹³³⁷, ou de garantie de conformité¹³³⁸. Sur ce dernier point, un auteur mettait en exergue l'apparent paradoxe des textes : alors que la règle classique est énoncée qui détermine les caractéristiques du bien vendu en se référant au contenu de l'accord des volontés, vient juste

¹³³⁰ C.J.C.E, 19 mai 1983, n° 289/81, *Mavridis c/ Parlement*.

¹³³¹ V. cependant (mais dans une affaire très particulière) pour une référence explicite à l'*Estoppel* : Civ. 1, 6 juillet 2005, D. 2006, p. 1424 note E. AGOSTINI ; D. 2005. 3050, obs. T. CLAY; *Gaz. Pal.*, 24/25 févr. 2006, note F-X TRAIN. V. aussi : D. MAZEAUD, « Confiance légitime et Estoppel », *RIDC* 2006, vol.56, n°2.

¹³³² V. not. : L. TARTOUR, « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Rev. dr. publ.* 2013.307.

¹³³³ V. not. G. GUERLIN, n°421, p. 311, et n°627, p. 467.

¹³³⁴ V. not. : D. MAZEAUD, « La confiance légitime et l'estoppel », *RIDC* 2006, vol 2, p. 362. V. aussi P. LOKIEC, (préc., p. 324) pour qui « seulement émergentes si on s'attache à la notion, les attentes légitimes paraissent imprégner bien d'avantage le droit français des contrats si on les envisage sous l'angle de leur fonction ».

¹³³⁵ Nous soulignons.

¹³³⁶ *Idem, ibid.*

¹³³⁷ Cf. Article 6 (1) de la *directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, transposé désormais à l'article 1245-3 du Code civil.

¹³³⁸ Cf. Article 2 de la *directive du 25 mai 1999 sur la vente et les garanties des biens de consommation*. V. article L. 217-5 du code de la consommation

après une disposition selon laquelle le bien est présumé conforme au contrat « s'il présente la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur *peut raisonnablement s'attendre* eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur ; il peut notamment exiger que le bien vendu présente les qualités annoncées dans les documents publicitaires »¹³³⁹. Autrement dit, cette disposition, juxtaposée aux autres au sein de l'article 2 de la directive – et donc mise sur un pied d'égalité – permet *d'évincer les stipulations contractuelles au profit d'une attente assise sur les qualités perçues d'un certain nombre de signes interprétés de façon raisonnable*, et qui ne correspondrait pas nécessairement à la volonté formalisée dans l'*instrumentum*.

348. Apparition timide de l'attente légitime dans l'ordonnance du 10 février 2016 – On notera également l'introduction par l'ordonnance du 10 février 2016 de l'article 1166 du Code civil aux termes duquel : « lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie ». Il convient de remarquer néanmoins le recul du recours à cette notion entre le texte finalement adopté et le projet de réforme publié en 2015 qui renvoyait en outre, dans les contrats cadres et les contrats à exécution successive aux attentes légitimes des parties pour la fixation judiciaire du prix en cas d'abus (article 1163 du projet), et en cas d'absence d'accord entre les parties dans la fixation du prix dans les contrats de prestation de service (article 1164 du projet).

De même il nous semble possible de percevoir une influence de la théorie de l'attente légitime dans la disposition de l'article 1167 du Code civil qui prévoit : « lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ». Une telle disposition en effet ne peut s'expliquer par le souci de préserver la volonté exprimée par les parties au contrat en se rapprochant le plus possible de ce qui avait été voulu : par hypothèse en effet cette volonté n'existe pas au-delà de l'indice choisi, et pour peu que l'indice de remplacement ait existé au moment de la conclusion du contrat, il faut même considérer qu'il a été expressément exclu par le fait même que le choix des parties s'est porté sur un autre. C'est donc plus selon nous en direction des attentes qu'il convient de chercher

¹³³⁹ J. CALAIS-AULOY, préc., p. 178.

l'explication : celle du débiteur de ne pas être tenu à beaucoup plus que ce qu'il avait initialement prévu, et celle du créancier de ne pas recevoir beaucoup moins que ce qu'il attendait du contrat.

Pourtant, il faut se garder d'affirmer que le droit français a fait sienne cette théorie. L'on trouve en effet, un certain nombre d'exemples en sens contraire, et notamment de décisions statuant contre l'attente invoquée, fût-elle légitime¹³⁴⁰, et les quelques inoculations dues à la réforme ne permettent pas de caractériser une révolution sur ce point.

349. Absence de consécration de la théorie des attentes légitimes en droit positif – Ce contraste saisissant oblige à reconnaître que l'identification de quelques manifestations de la théorie des attentes légitimes ne permet pas d'aller jusqu'à affirmer une réception de celle-ci par le droit positif. Tout au plus pourrait-on voir là une influence, si ce n'est une sorte d'« opportunisme » de la jurisprudence recourant lorsque cela présente un intérêt technique à la protection de l'attente légitime¹³⁴¹, sans pour autant souhaiter étendre sur un plan théorique ce mécanisme au-delà des frontières étroites qu'elle lui assigne¹³⁴². Dès lors il ne semble pas possible en l'état actuel des choses de voir dans la théorie de l'attente légitime un fondement satisfaisant *de lege lata* pour donner une efficacité technique à la prévisibilité contractuelle dans sa fonction curative.

§2 : Une insuffisance conceptuelle

350. Une notion très critiquée – Un auteur a pu dire de l'attente légitime que « dans sa prétention à tout régir [elle] est trop vague pour révéler la subtilité et la réalité des raisonnements juridiques. Riche en extension, l'attente légitime est pauvre en compréhension. A vouloir théoriquement tout expliquer, elle perd sa capacité à techniquement tout appréhender [...]. Elle ignore la finesse et la complexité des concepts nécessaires à la "réalisation du droit" »¹³⁴³. La critique est sévère, mais semble justifiée. D'une part, en effet, la notion d'attente légitime semble inapte à refonder la force obligatoire des contrats, dans la mesure où celle-ci a vocation à lier les parties *quel que soit le risque qui viendrait heurter*

¹³⁴⁰ T. GENICON, préc., n°10.

¹³⁴¹ *Idem*, n°16 et s.

¹³⁴² Sur ce point M. le Professeur GENICON relève certaines incohérences étonnantes, notamment à propos de la jurisprudence relative aux loteries publicitaires et à la rétractation de la promesse unilatérale de vente : *idem*, n°10 et 11.

¹³⁴³ G. GUERLIN, *op. cit.*, n°627, p. 477.

l'exécution des stipulations contractuelles. Or l'attente légitime demeure axée sur le seul risque *personnel*, et là se trouve sa première faiblesse : *son objet est trop étroit*.

En outre le concept apparaît caractérisé par une abstraction qui confine à l'inutilité sur un plan normatif, puisqu'il ne dit rien par lui-même du critère de déclenchement de la sanction : la *légitimité* est en effet en soi un concept vide de sens qu'il sera nécessaire de remplir d'un contenu normatif et apte à une application technique. La deuxième critique portera donc sur *son contenu trop vague*.

Enfin, la définition même du contrat semble faire obstacle à la consécration de l'attente légitime, instrument à vocation essentiellement contentieuse, comme fondement de la force obligatoire...

351. Un objet trop étroit – La notion d'attente légitime, tout comme celle de confiance légitime, apparaît limitée par sa définition même.

L'attente, en effet, est le résultat passif d'une croyance suscitée *par un comportement* : « ce qui importe n'est donc pas tant de scruter l'intention de l'auteur de l'engagement mais la perception qu'en a eu le destinataire, l'étendue de sa confiance »¹³⁴⁴. Par son comportement *reçu* le contractant se trouve en effet « lié » : en vertu de ce lien il ne peut plus décevoir l'attente légitime qu'il a suscitée. Ainsi ce qui constitue l'objet de la protection juridique ce sont *l'ensemble des anticipations qui découlent de la confiance, pourvu qu'elle soit légitime, qui a pu naître chez le contractant en raison de la volonté perçue d'autrui*. Un auteur a pu ainsi écrire que « le principe de confiance légitime entend [...] lier ensemble *l'attitude de celui qui délivre un « signal » de confiance légitimement compréhensible comme tel (une invitation à agir en fonction du message émis qui fait croire ou laisse croire quelque chose), et l'acte de foi (si l'on veut retrouver l'étymologie du mot « confiance ») du récipiendaire* »¹³⁴⁵.

Or le champ conceptuel de la prévision-anticipation apparaît bien plus large que cette simple anticipation des comportements : il couvre certes les comportements personnels, mais aussi l'état de l'environnement normatif du contrat, et plus généralement l'ensemble des événements qui constituent le milieu économique, social, juridique, matériel, du contrat dont

¹³⁴⁴ H. MUIR-WATT, « *Reliance* et définition du contrat, Prospectives du droit économique », in. *Mélanges JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 57. V. aussi : J. CALAIS-AULOY, préc., p. 180 : « dans son aspect contractuel, l'attente légitime conduit à faire prévaloir la volonté déclarée sur la volonté réelle » ; H. AUBRY, préc., p. 647 : « [...] toutes les croyances ne sont pas protégées. Le juge doit donc rechercher si la personne qui invoque l'apparence de volonté pouvait raisonnablement croire à une conformité entre la déclaration de volonté et la volonté interne du cocontractant : si le justiciable aurait pu ou dû savoir que l'apparence était trompeuse, ne correspondait pas à la réalité, il ne peut se prévaloir de son attente ».

¹³⁴⁵ T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », in. *Les principes directeurs du droit des contrats*, Journée franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT, Bologne, 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013.336, n°2.

on ne peut considérer qu'ils délivrent un « signal » par leur « attitude » susceptible de les « lier ». Cette orientation résolument personnelle de la régulation du risque portée par la théorie de l'attente légitime rejaille sur le mécanisme juridique qui en constitue l'aboutissement : « l'attente légitime crée un droit subjectif : celui, précisément, qui était légitimement attendu »¹³⁴⁶. Or ce droit subjectif a pour finalité essentielle de constituer le support d'une revendication, laquelle amène inéluctablement la force obligatoire sur le seul terrain de la réalisation contentieuse¹³⁴⁷...

352. Une finalité contentieuse critiquable – Un auteur a écrit qu'à travers la théorie de l'attente légitime « c'est l'essence du contrat qui est considérablement affectée : reconnaître dans l'attente raisonnable du créancier le fondement de la force obligatoire du contrat, c'est admettre que le contrat ne peut pleinement se réaliser que judiciairement »¹³⁴⁸. Or une redéfinition du principe de force obligatoire autour d'une notion – l'attente légitime – exige que le fondement de cette redéfinition ait lui-même rang de principe du droit des contrats. Et l'on voit mal comment un principe ayant vocation à redéfinir le contrat – car c'est de cela qu'il s'agit *in fine* – pourrait n'avoir de valeur que dans une optique contentieuse. Il semble au contraire que la réalisation contentieuse d'un droit n'intervient qu'à titre de sanction d'un système général par principe déjudiciarisé, ce qui implique que le principe proposé trouve une utilité d'abord comme explication et orientation non judiciaire du contrat.

Là encore la théorie de l'attente légitime souffre d'une insuffisance qui semble la disqualifier comme instrument d'une redéfinition de la force obligatoire.

353. Une notion dépourvue d'efficace juridique – La notion d'attente légitime est un standard juridique¹³⁴⁹ et par là même se trouve en soi dépourvue de tout contenu normatif. De ce fait la notion n'apparaît pas immédiatement utilisable sur le plan technique. L'attente, au sens d'état psychologique, n'a aucune existence juridique en soi : « l'attente est une notion psychologique qui relève de la vie mentale et des perceptions de l'individu »¹³⁵⁰. Or « le droit ne saisissant jamais le sentiment lui-même, il semble *a priori* étrange de prendre en considération les attentes d'une personne. Cependant, ce n'est pas à l'attente de l'individu

¹³⁴⁶ J. CALAIS-AULOY, préc., p. 180.

¹³⁴⁷ H. LECUYER, préc., p. 45.

¹³⁴⁸ *Idem, ibid.*

¹³⁴⁹ G. GUERLIN, *op. cit.*, n°171 et s.

¹³⁵⁰ H. AUBRY, préc., p. 631.

qu'il est de plus en plus fréquemment fait référence mais à son attente légitime »¹³⁵¹. Pour apprécier la légitimité de l'attente, le juge devra procéder à une comparaison de la situation soumise avec celle standardisée d'un individu raisonnable¹³⁵². Dès lors le danger est qu'en l'absence de critère technique précis, le juge procède à une reconstruction *a posteriori* de ce qui pouvait être attendu d'une situation donnée. L'on peine alors à départager certains conflits de légitimité en se cantonnant ainsi à une appréciation de la *valeur* d'un état psychologique. Qui est en effet plus légitime à faire valoir son attente : le débiteur qui réclame une révision du contrat en raison d'une imprévision et qui peut arguer qu'il s'était engagé au vu d'un certain état des choses et ne s'attendait certainement pas à devoir s'exécuter dans des circonstances devenues plus difficiles ? Ou le créancier, refusant de prendre en compte l'imprévision, qui argue de l'attente d'intangibilité du contrat scellé une fois pour toutes ? L'attente légitime apparaît donc dénuée d'efficacité technique dès lors que n'est pas fixé sur un plan théorique le critère de son application.

354. Conclusion de la sous-section 1 relative à l'intérêt relatif de la notion d'attente légitime – Le principe de confiance légitime et la théorie des attentes légitimes exercent indéniablement un pouvoir d'attraction sur la doctrine et le droit positif français. Ceci s'explique sans doute par le caractère opportun d'un assouplissement du principe de force obligatoire, dont le fondement traditionnellement volontariste paraît de moins en moins adapté aux aspirations contemporaines à une plus grande flexibilité du contrat face au risque. Pourtant il apparaît difficile de fonder une rénovation de la force obligatoire sur une telle assise. Non seulement le droit positif, nonobstant quelques apparitions ponctuelles, demeure rétif à donner à ces principes l'ampleur nécessaire pour ce faire, mais le concept même d'attente légitime soulève un certain nombre de critiques qui semblent bien être rédhibitoires. Non seulement il apparaît que *le recours aux attentes légitimes ne permet d'opérer une régulation qu'à destination du seul risque personnel et dans une seule optique contentieuse*, mais *la notion apparaît en outre insuffisamment précise pour garantir une prévisibilité normative satisfaisante...* alors même qu'elle aurait pour finalité de sanctionner l'imprévisibilité frappant les anticipations des contractants.

¹³⁵¹ *Idem*, p. 632.

¹³⁵² *Idem*, p. 642.

Sous-section 2 : L'imprévisibilité de la notion d'attente légitime

355. Introduction – En raison de l'assise essentiellement subjective qu'elle donne à la force obligatoire, l'attente légitime apparaît comme une source d'imprévisibilité puisqu'elle revient à trouver la source de l'engagement dans les méandres de la psychologie de celui qui le revendique à son bénéfice. Or cette psychologie ne se laisse par définition percevoir que par le biais d'interprétations nécessairement subjectives, et donc beaucoup plus malléables qu'une volonté exprimée. En outre, on a pu souligner le caractère « malléable »¹³⁵³ de la notion qui rend, là encore, difficilement prévisible le contenu qui lui sera attribué par le juge amené à doter ce standard d'une normativité¹³⁵⁴.

356. Annonce du plan – Dès lors il semblerait non seulement que son utilité dans la mise en œuvre du principe de prévisibilité contractuelle soit limitée, mais encore que ce principe s'oppose frontalement à l'intégration d'une telle théorie en raison de l'imprévisibilité qu'elle ferait peser sur les situations juridiques du fait de l'intervention nécessaire du juge pour la doter d'un contenu normatif (§1). Il nous semble pourtant que la condition de légitimité dont on assortit l'attente est de nature à fixer un cadre prévisible à l'action du juge (§2).

§1 : L'attente : source d'interventions judiciaires imprévisibles

357. Attente individuelle ou collective ? – C'est à CARBONNIER que l'on doit d'avoir popularisé la théorie des attentes en doctrine : « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier, qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement »¹³⁵⁵. L'origine pourtant en est plus ancienne¹³⁵⁶ puisqu'on la retrouve dès le début du XX^e siècle chez E. LEVY dont les travaux inspirés par l'approche sociologique de DURKHEIM¹³⁵⁷,

¹³⁵³ G. GUERLIN, *op. cit.*, n°421, p. 311.

¹³⁵⁴ *Idem, ibid.*

¹³⁵⁵ J. CARBONNIER, « Introduction » in L. CADIET (s. la dir.), *L'évolution du droit contemporain des contrats*, PUF, 1986, p. 35. V. aussi du même auteur : *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1994, p. 134 ; *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p. 321. Cette thèse avait néanmoins été développée auparavant par Emmanuel LEVY (not. : « La confiance légitime », *RTDCiv.*1910.717 ; *La vision socialiste du droit*, Paris, 1926, p. 77 et s.)

¹³⁵⁶ Sur les origines de la théorie des attentes légitimes cf. G. GUERLIN, *op. cit.*, p. 50 et s.

¹³⁵⁷ On pourra se référer aux travaux de son neveu, disciple et continuateur Marcel MAUSS pour qui la notion « l'attente est une composante essentielle de la notion d'action sociale » (R. KOENIG, « Marcel MAUSS (1872-

visaient à puiser dans la conscience du groupe la source de l'obligation¹³⁵⁸ : « la croyance légitime en nous et en autrui fait acquérir le droit, oblige les autres envers nous »¹³⁵⁹. Tant chez E. LEVY que chez les auteurs du mouvement sociologique américain¹³⁶⁰ en effet, il s'agit de prendre en compte les attentes *collectives* plus qu'individuelles. Ainsi pour M. MAUSS, « les croyances collectives suscitent des "attentes normales". *Ces attentes ne sont jamais individuelles*. Elles viennent du groupe qui les génère en fonction d'un comportement jugé normal en son sein. Ces attentes contraignent les individus qui, s'ils veulent rester dans le groupe doivent s'y plier »¹³⁶¹.

Autrement dit l'appréciation de la légitimité par référence à la *normalité*¹³⁶² semble de nature à objectiver l'attente individuelle au niveau de l'attente collective. Ainsi l'article L. 421-3 du code de la consommation dispose que « les produits et les services doivent présenter, *dans des conditions normales d'utilisation* [...] la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre »¹³⁶³. Un auteur remarquait que « l'emploi de l'indéfini "on" montre que la sécurité doit être jugée d'après l'attente du public à qui est destiné le produit ou le service mis sur le marché, et non par référence à l'opinion de tel ou tel utilisateur, ni de tel ou tel spécialiste »¹³⁶⁴.

358. Le risque de l'« invention » judiciaire de l'attente – Or le problème de l'attente collective est qu'elle nécessite la médiation de la subjectivité du juge pour parvenir à l'existence. Un auteur remarquait ainsi que « l'attente légitime du créancier doit nécessairement être définie en dehors de lui (la théorie échouerait sinon à assurer un sort meilleur au débiteur). Mais cela engendre alors pour le créancier nécessairement l'incertitude sur le contenu et la portée exacts des engagements contractuels [...]. Il en résulte que, en toutes circonstances, c'est le juge qui est promu souverain appréciateur de ce que le créancier

1950) », *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 24, 1972, p. 633-657, trad. I. KALINOWSKI, *Trivium, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales*, n°17, 2014, n°25.

¹³⁵⁸ *Idem*, p. 52 et s.

¹³⁵⁹ E. LEVY, « Responsabilité et contrat », *RCLJ*, 1899, p. 396.

¹³⁶⁰ V. not. : G.H MEAD, *Mind, self, and society*, Ed. C. W. Morris, University of Chicago Press, 1934. V. aussi : G. ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott PARSONS », *Sociologie et sociétés*, Presses de l'Université de Montréal, vol. 21, n°1, avril 1989, p. 143.

¹³⁶¹ G. GUERLIN, *op. cit.*, n°63. De même pour E. LEVY, il s'agit, dans le droit fil de la pensée socialiste, de prendre en considération la psychologie collective faite de « représentations » qui « expriment la conscience de groupe et c'est à travers elles que les juristes doivent trouver l'obligation au-delà de l'obligation, et à travers elles, c'est en même temps tout le droit qu'ils peuvent édifier. Dans cette perspective, notre volonté n'est efficace que dans la mesure où elle est en harmonie avec les croyances collectives. Ainsi le droit se lit-il dans la conscience de masses [...] » (*idem*, p. 52, n°60).

¹³⁶² S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. P. WEIL, LGDJ, coll. Bibl. de dr. public, t. 135, 1980.

¹³⁶³ V. aussi pour une formulation quasi identique l'article 1292 du *Projet de réforme de la responsabilité civile*.

¹³⁶⁴ J. CALAIS-AULOY, *préc.*, p. 177.

peut raisonnablement attendre de son débiteur »¹³⁶⁵. Ainsi, selon HAYEK, « *le juge doit principalement rechercher ce sur quoi les parties ont pu raisonnablement compter en concluant leur transaction, d'après les pratiques générales qui sous-tendent l'ordre régnant des activités* »¹³⁶⁶. S'il faut se garder de caricaturer la pensée des auteurs sur le sujet¹³⁶⁷, il n'en demeure pas moins que l'appréhension des attentes par un biais collectif confère au juge une place centrale dans la détermination des attentes (ce qui rend d'ailleurs difficile la réception de cette notion en droit continental¹³⁶⁸). Une telle conception de l'attente apparaît inutile pour promouvoir la prévisibilité contractuelle au profit des contractants, dans la mesure où leurs croyances importeront peu en soi, en l'absence d'une attente collective dans le même sens qui serait « inventée » – au sens étymologique – par le juge. En effet, sauf à demeurer dans de pures considérations théoriques, l'attente ne sera alors en réalité rien d'autre que celle de l'interprète¹³⁶⁹, c'est-à-dire du juge, et il est alors difficile de dire que c'est l'attente qui est source de droit. Il semble bien au contraire que, passant nécessairement par le biais d'une formalisation judiciaire – le juge étant un organe du Droit – *c'est bien le droit, à travers le juge, qui serait source des attentes*¹³⁷⁰.

359. Une indétermination pesant a priori sur le contenu du contrat – En outre, par hypothèse, l'œuvre d'« invention » de l'attente collective ne pourra avoir lieu qu'*a posteriori*, une fois l'affaire parvenue au stade contentieux, ce qui fera inévitablement peser un risque

¹³⁶⁵ H. LECUYER, préc., p. 45.

¹³⁶⁶ F. A HAYEK, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t.1, *Règles et ordre*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1973, Paris, PUF, coll. Quadriges, 1995, trad. R. AUDOUIN, p. 104.

¹³⁶⁷ Il va en effet de soi que celle-ci est plus complexe et plus nuancée : en réalité les attentes individuelles se nourrissent des attentes collectives. L'ensemble des théories en présence est exposé dans sa thèse par M. GUERLIN (*op. cit.*, p. 50 et s.). Ainsi à propos du courant conventionaliste, cet auteur souligne qu'il s'intéresse aux « régularités de comportements au sein de groupes déterminés. Pour les tenants de ce mouvement, une régularité de comportements suscite des attentes qui potentiellement, peuvent participer à la résolution des litiges ». En effet, « la "convention" rend possible le contrat en fournissant aux partenaires des repères communs, un "cadre" sans lequel aucune formation ou exécution ne serait en vérité possible ». A travers les attentes sociales suscitées par une régularité de comportement dans un groupe donné, les individus vont donc pouvoir asseoir des anticipations en fonction du cadre dans lequel ils évoluent et qui est lui-même constitué de ces conventions. La même idée se retrouve à la base de la pensée du courant réaliste (G. H MEAD, *Mind, self, and society*, 1934) : « les motivations de l'individu lui viennent de l'ensemble des anticipations, des attentes, par lesquelles ce qui l'entoure lui est rendu significatif, anticipations rationnelles, mais affectives, désir ou crainte, pareillement. Entre deux personnes il s'établit une communication *lorsque les anticipations de chacune envers l'autre sont orientées par la même culture, les mêmes valeurs, la même norme* » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, Quadriges, 1994, p. 133). En réalité les attentes collectives ne sont jamais prises en compte seules mais pour déterminer les attentes individuelles...

¹³⁶⁸ Cf. G. GUERLIN, *op. cit.*, n°83.

¹³⁶⁹ Cf. G. GUERLIN, *op. cit.*, n°85 et 90. V. aussi : H. AUBRY, *op. cit.*, p. 631 : « l'attente est une notion psychologique qui relève de la vie mentale et des perceptions de l'individu ». Dès lors que la psychologie du « collectif », à la différence de celle de l'individu, ne se laisse appréhender que par le biais d'une formalisation extérieure (par le juge), l'interprète pourra en toutes hypothèses les modeler à sa guise.

¹³⁷⁰ Sur ce point V. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 93.

judiciaire en amont sur la situation du débiteur qui ne sera pas en mesure de prévoir ce qui sera mis à sa charge rétrospectivement. Ainsi, le recours à la théorie de l'attente légitime justifie aisément¹³⁷¹ ce que JOSSERAND désignait sous le terme évocateur de « forçage » du contrat¹³⁷² : le juge aura en effet tout le loisir de s'appuyer sur cette notion large pour accueillir les prétentions des plaideurs arguant de leur attente quant à l'accomplissement par leur cocontractant de telle ou telle obligation non prévue dans les stipulations : obligation de conseil, de sécurité, etc.¹³⁷³ La relation contractuelle se trouverait alors « enrichie » d'un certain nombre d'obligations « inventées » *a posteriori* au stade contentieux, parfois de manière opportuniste et alors que rien ne permettait *ab initio* à celui qui s'en trouve soudain débiteur d'en anticiper la revendication ultérieure.

§2 : La légitimité : cadre prévisible de l'intervention du juge

360. Un concept prévisible – L'imprévisibilité que l'on reproche souvent à la notion d'attente légitime est due essentiellement au rôle dévolu au juge pour la doter d'un contenu normatif. Pourtant, il faut considérer que ce n'est pas l'intervention du juge *en soi* qui est la cause d'un risque, mais le caractère insaisissable de la détermination par lui de ce qu'est la légitimité, fut-ce en invoquant des attentes collectives qui ne sauraient exister hors de la médiation de l'interprète qu'il est de la norme du groupe. Dès lors, un tel grief se trouverait désamorcé pour peu que le contenu normatif du standard de la légitimité soit édicté à partir de déterminants *actuels* et constituant *des signes efficaces d'anticipation*.

Or il nous semble que cette prévisibilité des critères de la légitimité existe : l'attente légitime est en effet la confrontation à *l'aune du raisonnable* du résultat d'un processus psychologique (A) qui est la croyance dans la prévisibilité de la situation contractuelle (B).

A) Une croyance raisonnable

361. Le critère de l'attente protégeable – On a dit de la légitimité qu'elle ouvrait à la protection du droit¹³⁷⁴. Un auteur souligne ainsi que « s'interroger sur la légitimité de l'attente

¹³⁷¹ G. GUERLIN, *op. cit.*, p. 315, n°127, et p. 324 et s.

¹³⁷² JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D.*1933, chron. p. 89 ; V. aussi : L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. et Patr.* mars 1998, n° 58, p. 69 et s.

¹³⁷³ Cf. *supra* n°146 et s.

¹³⁷⁴ M. OBELLIANNE affirme ainsi que « la notion de légitimité est l'instrument par lequel sera conférée à la croyance sa dimension opérationnelle. La dimension essentiellement subjective de la croyance sera compensée par l'emploi de ce concept aux vertus normalisatrices. Au plan technique, la notion de légitimité constitue donc

du cocontractant, au-delà de la question de savoir si elle provient des faits ou du droit, suppose [...] *de dégager des critères distinctifs permettant aux justiciables de déterminer si les attentes qu'ils nourrissent sont ou non dignes d'une protection juridique* »¹³⁷⁵. Seront ainsi seules prises en compte par le droit certaines anticipations¹³⁷⁶ de préférence à d'autres. Les critères qui ont pu être proposés pour légitimer l'attente sont divers¹³⁷⁷. Encore faut-il s'entendre sur le sens de la notion. Certains ont voulu y voir un processus qui s'apparente en réalité à une *légalisation de l'attente*¹³⁷⁸, qui, enfermée dans un raisonnement circulaire¹³⁷⁹, court le risque de priver la notion de légitimité de toute valeur explicative. Nous pensons au contraire que la légitimité dont il est question ici consiste plus *en un processus de justification subjective, que l'on pourrait apparenter à celui qui résulte de la bonne foi*. Certains auteurs, s'appuyant sur la définition de LALANDE selon laquelle est légitime « tout acte, toute attitude, tout sentiment, toute parole (toute attente) dont le sujet est considéré comme étant à cet égard dans son bon droit »¹³⁸⁰, en concluent à une nécessaire validation positive de l'attente. Pourtant la légitimité ainsi définie semble avoir plus trait « à la justice, à l'équité »¹³⁸¹, c'est-à-dire à cette nécessité de rendre à chacun ce qui lui est dû en vertu non du droit positif, mais

un instrument opérationnel » (S. OBELLIANNE, *Les sources des obligations*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2009, p. 207). De même, Mme AUBRY : « le droit ne saisissant jamais le sentiment lui-même, il semble a priori étrange de prendre en considération les attentes d'une personne. Cependant, ce n'est pas à l'attente de l'individu qu'il est de plus en plus fréquemment fait référence, mais à son attente légitime. C'est grâce à ce qualificatif que la notion peut devenir juridique » (préc., p. 632).

¹³⁷⁵ G. GUERLIN, *op. cit.*, n°115. Nous soulignons.

¹³⁷⁶ Cf. M. GUERLIN qui assimile l'attente à l'anticipation dans le sens de « prévision-conjecture » (*idem*, n°25).

¹³⁷⁷ V. not. : *idem*, p. 99 et s. L'auteur s'appuie sur les conclusions d'auteurs anglo-saxons (notamment C. MITCHELL, « *Leading a life of its own ? The roles of reasonable expectation in contract law* », Oxford journal of legal studies, 2003, vol.23, n°4, p. 641 et s.) et expose trois critères de légitimité : un critère formel, empirique (qui s'inscrit dans la pensée de HAYEK ou d'E. LEVY sur l'attente collective) et axiologique. Ce-dernier permet d' « apprécier la légitimité des attentes à l'aune des valeurs méta-positives, à l'aune des idéaux du droit » (n°140, p. 113). La question des critères de légitimation de la croyance est ancienne : elle était déjà au centre des critiques qu'adressait RIPERT à E. LEVY (*in*. « Le socialisme juridique d'E. LEVY », *RCLJ*, 1928, p. 26).

¹³⁷⁸ Si en effet c'est au juge que revient la charge de dire ce qui, dans l'ensemble des faits sociaux, est susceptible de donner lieu à une attente reçue par le droit, *force est de conclure à l'identification de la légitimité de l'attente et de son acceptation par le système juridique, c'est-à-dire de sa légalité* : l'attente serait alors légitime lorsqu'elle serait conforme au droit (G. GUERLIN, *op. cit.*, n°37 ; T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *in*. *Les principes directeurs du droit des contrats*, Journée franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT, Bologne, 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013.336, n°7), c'est-à-dire lorsque « l'autorité judiciaire décide qu'une attente est légitime » (*idem*, n°41. V. aussi n°46 : « l'attente légitime du contractant est un sentiment d'anticipation éprouvé par un contractant, en considération de sa situation contractuelle. Ce sentiment est légitime dans la mesure où il est conforme au droit, quelle que soit la source particulière de cette reconnaissance. Il est un fait juridique parce qu'en raison de sa conformité au droit, des effets juridiques lui sont reconnus ou sont susceptibles de l'être, peu importe que ces effets aient ou non été voulus [...] »).

¹³⁷⁹ V. not. M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 93 : « le droit devrait protéger les attentes du créancier au motif que celui-ci a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées, mais celui-ci n'a pu légitimement croire qu'elles seraient respectées que si le droit les protège ; or on ne peut, sans circularité, présupposer le caractère obligatoire de la promesse pour ensuite l'expliquer ».

¹³⁸⁰ A. LALANDE, *op. cit.*, V° *légitime*. Nous soulignons. Mme AUBRY (préc., p.632), M. GUERLIN (*op. cit.*, n°36 p. 30), et d'autres, appuient leur démonstration sur cette définition...

¹³⁸¹ G. CORNU (s. la dir.), *Vocabulaire juridique*, préc., V° *légitime*.

de la nature même des choses. Le siège de la légitimité paraît devoir être recherché de manière bien plus fructueuse dans le seul processus de formalisation des anticipations par le sujet de droit : « il ne suffit pas d'attendre quelque chose pour y avoir droit ; il faut que mon attente soit, d'une façon ou d'une autre, *justifiée* »¹³⁸².

362. Le résultat d'une croyance légitime – Face passive de la croyance¹³⁸³, l'attente tire nécessairement de celle-ci l'appréciation de sa légitimité : pas d'attente protégeable sans croyance légitime. *Pour juger du caractère légitime de l'attente, il faut donc remonter vers le mécanisme psychologique qui en est la source* : l'attente sera susceptible d'être protégée par le droit lorsque celui qui l'invoque pourra démontrer qu'il a *légitiment cru dans telle ou telle anticipation*¹³⁸⁴. Qu'est-ce alors qu'une croyance légitime ? L'on a dit que le critère de la légitimité était la *vraisemblance*¹³⁸⁵, laquelle implique de confronter le signe perçu au critère objectif du « raisonnable ». L'on retrouve cette idée tant en droit interne¹³⁸⁶ que dans les projets européens ou dans les instruments internationaux¹³⁸⁷. L'idée est de « qualifier la perception du créancier dans le sens de la normalité [...] »¹³⁸⁸ : ainsi les *Principes de droit européen des contrats* définissent-ils le raisonnable comme « ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation regarderaient comme tel [...] »¹³⁸⁹. L'attente apparaîtra comme légitime lorsque n'importe quel individu moyen placé dans les mêmes circonstances serait parvenu à la même anticipation¹³⁹⁰. Un auteur souligne : « [...] toutes les croyances ne

¹³⁸² J. CALAIS-AULOY, préc., p. 179. Nous soulignons.

¹³⁸³ S. OBELLIANNE, *op. cit.*, n°116 et 334 ; H. AUBRY, préc., p. 629, qui rapproche les attentes des *reasonable expectations* et de la *reliance* et constate que grâce à ces deux notions « l'acte de foi posé par le créancier, lorsqu'il consent au contrat, est pris en considération ».

¹³⁸⁴ La notion d'attente implique en effet par nature un mécanisme de prévision, c'est à dire un décalage entre la naissance de l'attente et sa satisfaction escomptée. Par ex. le transfert de propriété dans le contrat de vente ne constitue pas par principe une attente : ce qui invalide la théorie heureusement abandonnée à la suite de la réforme de 2016 selon laquelle le contrat de vente mettrait à la charge du vendeur une obligation de donner.

¹³⁸⁵ Cf. *supra* spéc. n°29 et s.

¹³⁸⁶ Entre autres : Article 1116 et s. en matière d'offre et d'acceptation, article 1188 en matière d'interprétation, article 1211 en matière de résolution unilatérale, etc.

¹³⁸⁷ Articles 16, 25 et 33 C.V.I.M ; Articles 2 :102, 2 :202, 2 :206, 2 :208 P.D.E.C ; etc.

¹³⁸⁸ S. OBELLIANNE, *op. cit.*, n°344. V. aussi : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. P. WEIL, LGDJ, coll. Bibl. de dr. public, t. 135, 1980 ; du même auteur : « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 43 : « une réduction des concepts habituellement considérés comme standards permet de retrouver l'unité conceptuelle de la notion puisque dans chacun on discerne l'idée de normalité, soit à l'état pur soit comme étalon de l'idée mise en œuvre qui ne peut se concevoir qu'en terme de normalité ».

¹³⁸⁹ Article 1 :302 P.D.E.C. V. not. sur l'appréciation du raisonnable dans les P.D.E.C : L. DUONG, « Le raisonnable dans les *Principes européens du droit des contrats* », *RIDC* 2008.702.

¹³⁹⁰ M. GUERLIN définit ainsi l'attente légitime comme un standard comportemental qui « conduit [...] à apprécier la validité du comportement d'un contractant par rapport à ce qu'on serait en droit d'attendre de lui. L'attente légitime consiste en ce sens à apprécier la validité juridique d'un comportement par rapport à un modèle de référence » (*op. cit.*, n°171, p. 135). Ainsi, « l'attente légitime visée par le standard n'est donc pas

sont pas protégées. Le juge doit donc rechercher si la personne qui invoque l'apparence de volonté pouvait raisonnablement croire à une conformité entre la déclaration et la volonté interne du cocontractant : si le justiciable aurait pu ou dû¹³⁹¹ savoir que l'apparence était trompeuse, ne correspondait pas à la réalité, il ne peut se prévaloir de son attente. Pour déterminer si l'apparence est ou n'est pas trompeuse, le juge est invité à rechercher *quelle aurait été la croyance d'un individu raisonnable appartenant à la même catégorie de contractants que la personne qui invoque l'apparence de déclaration* »¹³⁹².

L'attente légitime est donc formée à partir de la croyance induite par certains éléments d'anticipation¹³⁹³, en fonction de l'interprétation qui en aurait été faite par un individu raisonnable appartenant à la même catégorie de contractants, et placé dans la même situation. Ce n'est donc certes pas le seul état psychologique purement subjectif qui est pris en compte, mais l'objectivation à laquelle procède le juge par le recours au standard semble se fonder sur la considération du caractère suffisamment perceptible d'éléments d'anticipation du risque au stade de la prévision. L'attente légitime semble donc pouvoir être ramenée à la croyance dans la prévisibilité d'une situation donnée...

363. Difficultés liées à l'appréciation de la prévisibilité du risque – Certains auteurs ont pu avancer que « la notion de prévisibilité, même assortie de l'adjectif "raisonnable" est insaisissable »¹³⁹⁴. Nous pensons cependant que la prévisibilité ou l'imprévisibilité d'un événement ne devrait pas être appréhendée *in abstracto*, mais *in concreto*, en usant d'une comparaison avec le standard de l'homme raisonnable placé dans la même situation, à l'instar de l'appréciation de l'imprévisibilité de l'événement de force majeure « l'absolu n'est pas de mise afin de savoir ce qui est imprévisible. Il est des individus inquiets et rongés par la crainte

l'attente subjective et réelle du contractant, mais l'attente objectivée et abstraite d'un contractant « raisonnable », personnage imaginaire forgé pour les besoins du procès » (n°173, p. 136).

¹³⁹¹ M. le professeur CALAIS-AULOY propose deux critères de la légitimité, tous deux orientés vers la justification subjective : d'une part le fait que « celui qui attend n'a pas les moyens de procéder à des recherches approfondies » et qu' « il met sa confiance dans une autre personne » (préc., p. 179).

¹³⁹² H. AUBRY, préc., p. 647. V. aussi : G. GUERLIN, *op. cit.*, n°174, p. 138 : « le standard de l'attente légitime qui implique de rechercher quelle attente est juridiquement protégée renvoie [...] au sentiment abstrait qu'aurait nourri un contractant raisonnable. C'est dire que pour trouver l'attente légitime, il convient de rechercher l'attente raisonnable ».

¹³⁹³ Mme AUBRY souligne ainsi l'importance notamment de l'information contractuelle, de la qualité du cocontractant, etc. En effet « [...] pour fixer ses attentes, un créancier apprécie de façon subjective les éléments matériels à sa disposition lors de la période précontractuelle » (préc., p. 633). Nous pensons qu'il convient d'ajouter que ce processus ne se limite pas à la période précontractuelle mais s'étend aussi évidemment tout au long de la phase d'exécution du contrat.

¹³⁹⁴ L. AYNES, préc., n°19.

qui prévoient le pire : la grève, la tempête ou l'attentat criminel. La relativité s'impose [...]. Comme l'irrésistibilité, l'imprévisibilité doit être circonstanciée »¹³⁹⁵.

Dès lors on se saurait considérer que tout est prévisible, même à notre époque¹³⁹⁶, car ne le sont *in fine* que les événements qui présentaient en amont de leur survenance *des signes suffisants d'anticipation perceptible pour un contractant moyen de la catégorie considérée*. L'on retrouve cette idée à l'article 6.2.2 des *Principes UNIDROIT* qui définit comme imprévisibles les événements « qui sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat » et « que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ».

B) Une situation prévisible

364. La croyance dans la prévisibilité d'une situation – Le lien très fort entretenu entre la notion d'attente et celle de croyance ou de confiance engage donc à rechercher du côté de celle-ci le contenu de celle-là. Or le recours à la notion de vraisemblance, parce qu'il exclut toute appréciation fondée sur la seule considération de la vérité de ce qui est cru (soit de son adéquation avec la réalité), mais place au contraire le sujet dans une appréciation dynamique des choses (le réel tel que *perçu* à un moment du temps contractuel, et les probabilités plus ou moins importantes qu'il se trouve affecté d'un risque), implique de situer le critère de la légitimité de l'attente dans la prévisibilité ou l'imprévisibilité du risque.

Ainsi, dans le domaine spécifique du risque législatif, le caractère légitime sera « marqué par l'impossibilité de prévoir une modification de la réglementation, *par l'imprévisibilité et la soudaineté du changement de ligne de conduite* de la puissance publique »¹³⁹⁷. De même la mise en œuvre de la notion dans des mécanismes visant à sanctionner les contradictions de comportement d'une partie ou, en amont, à réguler ce comportement en forçant les contractants à une certaine cohérence est significative de l'objet de l'attente : c'est la succession de deux actions incohérentes entre elles qui se trouve prohibée, la seconde venant heurter la stabilité anticipée dans la volonté ou la façon d'agir, au vu de la première. Ainsi « le principe de confiance légitime s'attache, dans une situation contractuelle ou "péri-contractuelle", à protéger celui qui s'est fié à un autre, à ce qu'il a dit ou fait et qui, s'en étant ainsi remis à lui, a mis ses pas dans les siens, a pris de nouvelles décisions, modifié son

¹³⁹⁵ V. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°955, p. 547.

¹³⁹⁶ L. AYNES, *préc.*, n°19.

¹³⁹⁷ M-P PEIS-HITIER, p. 8. Nous soulignons.

comportement, *dans la croyance que cette autre personne demeurerait constante dans son attitude première* »¹³⁹⁸. A propos de l'application de ce principe par les juridictions communautaires, un auteur énonce que « les critères d'application du principe de confiance légitime sont relativement stricts (alors qu'il ne peut pas en être dit autant de la sécurité juridique): existence d'éléments générateurs d'une confiance dans le chef du requérant, caractère légitime de celle-ci, *imprévisibilité du changement de situation*, prise en compte de la balance des intérêts »¹³⁹⁹. Il en va de même en ce qui concerne la contravention essentielle au contrat¹⁴⁰⁰, la définition du produit défectueux¹⁴⁰¹, l'invocation d'une clause-type « surprenante »¹⁴⁰², etc... Dans tous les cas c'est bien *la survenance d'un risque dans une situation qui en paraissait dénuée – donc l'imprévisibilité de celui-ci – qui est sanctionnée en se référant à la vraisemblance de cette absence de risque*.

La prévisibilité et la légitimité de l'attente apparaissent donc être une seule et même chose, et la notion d'attente légitime ainsi comprise nous semble avoir une double vertu...

¹³⁹⁸ T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », in. *Les principes directeurs des contrats* (Journées franco-italiennes de l'association H. CAPITANT, Bologne, 19-20 oct. 2012), *RDC*2013.336, n°2. Nous soulignons.

¹³⁹⁹ J-P PUISSOCHET, H. LEGAL, préc., p. 103 (nous soulignons). V. aussi : F. HUBEAU, « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la C.J.C.E », *Cahiers de dr. eur.* 1983.143; J-P. PUISSOCHET, « Vous avez dit confiance légitime? », in. *Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Dalloz, 1996.

¹⁴⁰⁰ Article 25 C.V.I.M.

¹⁴⁰¹ L'article 1292 du *Projet de réforme de la responsabilité civile* le définit comme celui qui « n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation ». Il s'agit donc de mesurer, pour déterminer le degré de légitimité de l'attente portant sur la sécurité du produit, la prévisibilité des risques qui se révéleraient ultérieurement. On tiendra compte évidemment dans cette appréciation de l'information donnée en amont à l'utilisateur. V. par ex. : Civ. 1, 7 novembre 2006, Bull. civ. I, n°467 : *CCC* 2007, n°60, note RAYMOND ; *idem*, n°64, note L. LEVENEUR ; *RDC* 2007.312, obs. J-S BORGHETTI ; *RTDCiv.*2007.139, obs. P. JOURDAIN, à propos de l'insuffisance d'informations données dans les conditions générales de vente quant au risque d'utilisation d'un matériau de construction, en l'occurrence du béton ; Civ. 1, 9 juillet 2009, Bull. civ. I, n°176 : *R.*, p. 411 ; *D.*2009.1968, obs. GALLMEISTER ; *idem*, 2010.49, obs. Ph. BRUN ; *JCP* 2009, n°41, p. 13, note SARGOS ; *CCC* 2009, n°262, obs. L. LEVENEUR ; *RTDCiv.*2009.735, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2010.79, obs. J-S BORGHETTI, à propos de l'absence d'information dans la notice sur le risque de sclérose en plaque pouvant résulter d'un vaccin contre l'hépatite B. A l'inverse, s'il apparaît que le risque présenté par le produit ne pouvait pas être raisonnablement prévu au moment de sa mise en circulation, « l'état des connaissances scientifiques et techniques [n'ayant] pas permis de déceler l'existence du défaut » (Article 1298 alinéa1 (4°) du *Projet de réforme de la responsabilité civile*), le producteur se trouvera exonéré de sa responsabilité de plein droit (sous réserve des dispositions de l'article1298-1 relatif aux produits issus du corps humain). Le renvoi à « l'état des connaissances scientifiques » indique indéniablement la place centrale que tient la prévisibilité ou l'imprévisibilité « raisonnable » du risque dans le caractère légitime de l'attente.

¹⁴⁰² Cf. H. AUBRY, préc., p. 642. L'article 2.1.20 des *Principes UNIDROIT* prévoit ainsi que « 1) Une clause reproduisant une clause-type est sans effet lorsqu'elle est d'une nature telle que l'autre partie ne pouvait raisonnablement s'attendre à la voir figurer au contrat, à moins que celle-ci n'y consente expressément. 2) Pour déterminer si une clause est d'une telle nature, on prend en considération son contenu, le langage employé ou sa présentation ». Là encore il s'agit de déterminer, une fois que la clause est invoquée par un contractant (donc une fois que se trouve réalisé le risque que représente la mise en œuvre d'une stipulation qui, préjudiciable à celui à qui elle est opposée, n'avait pas été prise en compte lors de la conclusion du contrat), si le risque qu'elle représente pouvait raisonnablement être prévu pour ne pas « surprendre » celui à qui elle est opposée.

365. Préventivement: un ferment de coopération contractuelle – D'une part la notion ainsi appréhendée possède un champ d'application global, qui n'est pas limité au seul aspect contentieux, ce qui nous semble être de nature à répondre aux critiques précédemment exposées relatives à son utilité. Elle possède en effet une réelle dimension *incitative*, en poussant les parties à une certaine coopération fondée *sur une attention accrue devant être portée par eux aux répercussions de leurs actions sur la psychologie du cocontractant*. Or cette dimension « altruiste » nous semble difficile – pour ne pas dire impossible – à retrouver dans une conception collective ou sociologique de l'attente, qui n'aura alors qu'une fonction contentieuse, dans la mesure où la psychologie collective ne saurait exister sans l'intervention du juge. Au contraire, l'attente légitime conçue dans sa seule dimension individuelle apparaît avoir des vertus non négligeables sur le plan de la prévention du risque, en étant le siège d'un véritable devoir d'anticipation du risque dont on est soi-même la source, au moins médiate¹⁴⁰³, afin de permettre au cocontractant d'en anticiper, lorsque cela est possible, l'effet perturbateur sur les prévisions qu'il avait pu former. Ainsi d'un fournisseur confronté à une brusque augmentation des prix de matières premières rendant impossible pour lui l'exécution du contrat conclu à certaines conditions, désormais obsolètes, avec son distributeur. Il sera attendu de lui qu'il fasse part le plus tôt possible à celui-ci des informations qu'il pourrait raisonnablement avoir, afin de lui permettre d'anticiper la hausse des prix, plutôt que d'arriver au stade le plus pathologique du traitement de l'inexécution contractuelle. Un tel dispositif existe d'ores et déjà en matière commerciale dans le cas des contrats de mise à disposition d'une marque, enseigne ou nom commercial en échange d'une exclusivité, où l'article L. 330-3 du code de commerce dispose que doit être remis au distributeur, au moment de la conclusion du contrat, un document mentionnant entre autres « l'état et les perspectives de développement du marché concerné », ou encore en matière de cession de fonds de commerce¹⁴⁰⁴.

366. Fonction curative – En ce qui concerne la fonction curative de la prévisibilité contractuelle – consistant à protéger les prévisions des parties contre la survenance d'un risque imprévisible – l'appréciation de la théorie des attentes légitimes (ou du principe de confiance légitime), apparaît plus contrastée.

Elle permet en effet une approche souple de la psychologie des contractants à travers la notion de *vraisemblance*. Il nous semble en effet que l'attente – en tant que notion – n'est ni certaine

¹⁴⁰³ Cf. *infra* n°179 et s.

¹⁴⁰⁴ Articles L. 141-1 et 2 du code de commerce.

ni douteuse *en soi*¹⁴⁰⁵, de même que savoir si elle est vraie ou fausse importe peu¹⁴⁰⁶ : seule compte la représentation subjective appréciée à l'aune du critère objectif d'une croyance raisonnable. La notion de légitimité, qui s'inscrit dans le rapport liant l'intelligence et l'objet de la connaissance sur lequel elle s'exerce, n'a donc que peu de rapport avec la fermeté de la croyance (qui est en soi une donnée de pure psychologie), ou la vérité ou non de ce qui est cru (rapport d'adéquation ou d'inadéquation entre le réel et sa perception intellectuelle, mais qui ne dit rien en soi *sur le processus de connaissance*). Ainsi, à propos de l'art. L. 421-3 du code de la consommation définissant la sécurité des produits comme celle « à laquelle on peut légitimement s'attendre », un auteur remarquait que « le renvoi à la légitimité est un rappel de la relativité des choses humaines : la sécurité ne peut pas être absolue »¹⁴⁰⁷. Autrement dit on vise ici non une certitude, mais simplement une absence des risques pouvant être raisonnablement anticipés. Le contenu de l'attente importe peu finalement : il sera protégé de manière équivalente dès lors que le processus psychologique qui en est le support apparaît comme légitime.

Or si le principe, classique en philosophie, de non-contradiction (une chose ne peut pas être et ne pas être en même temps et sous le même rapport) permet de résoudre précisément les conflits de légitimité *lorsque celle-ci est fondée sur la conformité au réel de l'appréhension intellectuelle*, dès lors qu'on déplace le critère vers la vraisemblance pour justifier le processus de croyance et non la croyance elle-même, il semble possible que deux légitimités équivalentes puissent être revendiquées. En effet, non seulement le critère de la vérité est unique (c'est la conformité au réel) là ou ceux de la vraisemblance peuvent être multiples, mais encore l'appréciation de la prévisibilité du risque devra se faire à l'égard de chaque auteur d'une revendication, là ou celle de la vérité ou de l'erreur entraîne une exclusion mutuelle fondée sur l'application des règles de la logique. Cette difficulté a été soulevée en particulier à propos de la révision pour imprévision et l'on a pu se demander quelle attente pouvait bien être la plus légitime entre celle du débiteur en difficulté pouvant invoquer la bonne foi ou une clause *rebus sic stantibus* sous-entendue dans son engagement, et celle du

¹⁴⁰⁵ *Contra* : G. GUERLIN, *op. cit.*, n°32, p. 27, selon qui le doute est inhérent à la notion d'attente.

¹⁴⁰⁶ Ainsi il importera peu, afin de voir prononcer la nullité pour erreur sur les qualités essentielles de la chose objet du contrat, que la représentation intellectuelle de l'objet concorde ou non avec la réalité. En effet, « lorsque le vendeur est convaincu que le tableau n'a pas été peint par un maître célèbre et que, surtout, la toile est vendue avec une attribution différente sans aucun rapport avec l'artiste, son école ou son style, le fait que l'attribution demeure en fait incertaine ne permet pas d'écarter l'annulation de la vente (J. GHESTIN, Y-M SERINET, « Erreur », *in* Rép. dr. civ., Dalloz, 2006 (à jour : avril 2016). V. par ex. l'affaire *Poussin* : Civ.1, 22 février 1978, Bull. civ. I, n°74 : D.1978.601, note Ph. MALINVAUD ; *RTDCiv.*1979.126, obs. Y. LOUSSOUARN ; *Deffrénois* 1978, article31860, obs. J-L AUBERT ; Versailles, 7 janvier 1987 : D.1987.485, note J-L AUBERT ; *JCP* 1988.II.21121, note J. GHESTIN ; *RTDCiv.*1987.741, obs. J. MESTRE.

¹⁴⁰⁷ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°3298.

créancier pouvant logiquement croire en la fermeté de ce qui a justement été scellée dans le contrat pour échapper aux aléas du temps...Mais ce dilemme peut aussi être évoqué à l'égard du calcul des dommages et intérêts en cas d'inexécution¹⁴⁰⁸ ou de la promesse unilatérale de vente¹⁴⁰⁹.

367. Conclusion de la sous-section 2 relative à l'imprévisibilité de la notion d'attente légitime – La notion d'attente légitime a pu apparaître comme étant d'un intérêt limité pour prétendre refonder le principe de force obligatoire. Néanmoins, les critiques tenant à l'imprévisibilité dont elle serait le siège en raison de l'abstraction qui la caractérise comme tout standard juridique nous semblent être moins méritées.

L'intervention du juge apparaît, bien sûr, nécessaire pour la doter d'un contenu normatif efficient, mais l'on ne saurait considérer le juge *en soi* comme un élément perturbateur de l'équilibre contractuel. C'est au contraire sur le plan des critères en fonction desquels il déterminera sa sanction en qualifiant une attente ou une croyance de légitime ou d'illégitime que doit être appréciée la prévisibilité de son action, et donc de la notion qui en constitue le support. Or il apparaît que *la légitimité de l'attente peut se ramener à la considération de l'imprévisibilité du risque qui l'atteint*, laquelle sera appréciée certes par le recours à un standard, donc de façon objectivée, *mais en considération des éléments signifiants qui étaient perceptibles par les parties au moment de la prévision*. Dès lors les critères fixant les limites de la notion d'attente légitime nous paraissent échapper à la critique puisque se trouvant par hypothèse à la portée de tous *ils rendent théoriquement prévisible la décision judiciaire*.

368. Conclusion de la section 1 relative à l'évaluation d'une refondation du principe de force obligatoire – L'attente légitime est souvent présentée comme un nouveau fondement satisfaisant pour moderniser un principe de force obligatoire rendu trop rigide par son fondement historiquement volontariste. De nombreuses critiques doctrinales engagent cependant à évaluer une telle réinterprétation qui, à travers la subjectivisation de la force obligatoire, *porterait atteinte à la définition même du contrat*. Il apparaît en effet que deux visions de celui-ci se confrontent : d'un côté le contrat « accord de volontés » tel qu'il se trouve défini par l'article 1101 du Code civil, de l'autre le contrat conçu comme un « acte de

¹⁴⁰⁸ J. CARBONNIER, « Introduction », in. *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René SAVATIER (1985), PUF, 1986, p. 35.

¹⁴⁰⁹ T. GENICON, préc., n°15.

prévision »¹⁴¹⁰. La définition retenue oriente la fonction dévolue à la force obligatoire : dans le premier cas elle sera *une force de résistance contre les changements* obérant la réalisation de la volonté arrêtée lors de sa formation, dans le second elle pourra être *le support d'une adaptation ou d'un dépassement des stipulations contractuelles* pour peu que celles-ci apparaissent comme un obstacle à la satisfaction de ce qui était légitimement attendu par le créancier de l'obligation. La mise en œuvre de la prévisibilité contractuelle dans sa fonction curative consistant à protéger les prévisions contre toute remise en cause imprévisible semble donc à première vue rejoindre la théorie des attentes légitimes ou le principe de confiance légitime, et trouve donc par là-même une première limite dans la définition même du contrat *de lege lata*.

Le bilan de cette évaluation s'avère cependant contrasté. D'une part il apparaît que la théorie de l'attente légitime présente *un intérêt limité pour mettre en œuvre un éventuel principe de prévisibilité : elle ne pourrait prétendre au mieux qu'à une fonction de déclinaison sectorielle* (à destination exclusive du risque personnel) *et essentiellement à des fins de prévention*, en étant le support d'une certaine coopération entre les parties. Dans sa fonction *curative* en revanche un encadrement strict de la mise en œuvre d'une régulation du risque par ce biais doit être proposé afin d'échapper aux critiques d'imprévisibilité qui sont faites à ce concept.

Section 2 : L'encadrement d'une refondation du principe de force obligatoire

369. Introduction – L'attente est une donnée essentiellement psychologique¹⁴¹¹, et comme telle, elle encourt le grief souvent formulé de l'imprécision. Vouloir mettre en place les conditions d'une prévisibilité contractuelle en s'appuyant sur une notion aussi peu susceptible d'être appréhendée objectivement relèverait donc d'une sorte d'oxymore. Il apparaît donc nécessaire de cantonner les attentes, afin de ne donner effet à travers la sanction du droit, qu'à celles qui apparaîtraient suffisamment déliée de la subjectivité des contractants pour être appréhendées de façon objective et ne pas ainsi déséquilibrer le jeu contractuel en y introduisant un ferment d'anarchie.

¹⁴¹⁰ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in. *Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Editions du Jurisclasseur, 1999.

¹⁴¹¹ H. AUBRY, préc., p. 631.

370. Annonce du plan – Cela implique d’une part de délimiter précisément le contenu de l’attente légitime (**sous-section 1**), et d’autre part de fixer un cadre à son opposabilité (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Le contenu des prévisions

371. Introduction – L’exigence de prévisibilité apparaît apte à réguler tout à la fois le risque imprévisible de remise en cause des prévisions de l’une des parties, sans pour autant que cette régulation apparaisse elle-même comme un risque imprévisible pour l’autre. Le contenu de l’attente légitime ne doit donc pas rester entièrement en la seule détermination psychologique de celui qui s’en prévaut¹⁴¹². Il conviendrait donc de conditionner l’intervention régulatrice du droit d’une part à une recherche *in concreto* de signes suffisants d’anticipation du risque (§1), et d’autre part à la vérification de la réciprocité de l’exigence de prévisibilité (§2).

§1 : La recherche de signes suffisants d’anticipation du risque

372. Recherche systématique d’éléments d’anticipation du risque – La nécessité de borner juridiquement la revendication d’une croyance qui, sinon, demeurerait un simple état psychologique insaisissable, devrait obliger le juge à fonder systématiquement sa décision sur l’existence de signes suffisants d’anticipation. L’exemple de la jurisprudence relative à la possibilité qu’un contrat se forme en l’absence de toute manifestation explicite de volonté est de ce point de vue éclairant...

373. Silence et formation du contrat – En droit, qui ne dit mot ne consent pas¹⁴¹³. A. RIEG disait à ce propos : « volonté interne et volonté déclarée forment un tout indissociable : une déclaration de volonté ne peut produire aucun effet de droit si elle ne correspond à aucune volonté réelle ; la volonté ne peut produire aucun effet aussi longtemps qu’elle reste confinée dans le for interne »¹⁴¹⁴. L’on conçoit difficilement en effet une société dans laquelle il serait possible d’être engagé alors même qu’on n’aurait à aucun moment manifesté sa volonté de

¹⁴¹² Cf. H. LECUYER, préc., p 45, pour qui « il semble inconcevable de conférer au débiteur le soin de déterminer ce que son créancier peut raisonnablement attendre de lui et le droit de s’exécuter à cette hauteur ».

¹⁴¹³ Cass. civ., 25 mai 1870 : *G.A.J.C.*, n°146 ; *D.1.257* ; *S.1.241* ; Civ. 1, 16 avril 1996, Bull. civ. I, n°181.

¹⁴¹⁴ A. RIEG, « Le rôle de la volonté dans la formation de l’acte juridique d’après les doctrines allemandes du XIXe siècle », in. *Le rôle de la volonté dans le droit*, APD 1957.127.

l'être. Il ne peut en effet exister de rencontre des volontés si l'une ne s'est pas portée à la rencontre de l'autre en s'extériorisant : « la volonté elle-même est insuffisante [à former le contrat] : seule son extériorisation peut la rendre efficace » souligne un auteur¹⁴¹⁵. En effet « il n'y a de véritable concordance entre les deux "oui" que quand chacun sait que l'autre l'a dit »¹⁴¹⁶. Autrement dit : tant qu'il n'y a pas eu *échange*, c'est-à-dire tant que la volonté de l'un n'est pas parvenue à l'autre, aucun lien ne peut naître. L'on peut alors légitimement s'interroger sur les implications de ce principe sur la théorie générale de l'obligation : le lien résulte-t-il réellement de la volonté émise comme l'affirme la théorie de l'autonomie de la volonté ? Ou au contraire de la volonté reçue, c'est-à-dire de l'attente suscitée chez autrui ?

La question du silence dans la formation du contrat est de ce point de vue riche d'enseignements puisqu'elle permet d'observer un mécanisme pur où se confrontent seulement la volonté interne d'une partie et la psychologie de l'autre, sans l'intermédiation habituelle de l'extériorisation expresse. Car dans les hypothèses classiques d'un contrat formé à la suite d'une manifestation de volonté (expresse ou tacite¹⁴¹⁷) il sera difficile de discriminer parmi les événements qui s'enchaînent (détermination interne d'une volonté, extériorisation, puis réception de la volonté extériorisée par le cocontractant) lequel, entre tous, constitue la cause de la naissance du lien obligatoire. Au contraire, en l'absence de toute manifestation de ce genre, c'est-à-dire lorsque l'autre partie demeure totalement passive, aucune extériorisation ne vient manifester à l'autre la volonté interne : seuls demeurent la volonté pure de l'un, et l'attente pure de l'autre, sans qu'il soit possible d'établir un lien direct entre les deux.

374. La recherche d'un silence « circonstancié » – Dans une telle hypothèse, le principe est fixé de longue date : le silence ne suffit pas à former le contrat¹⁴¹⁸, ce qui se trouve désormais consacré à l'article 1120 du Code civil. Une explication paraît évidente au premier abord : il semble difficile de *prouver* l'existence d'une volonté concordante donnant naissance au contrat (et donc au droit subjectif que l'on prétend en tenir), en l'absence de communication de cette volonté qui serait demeurée dans le for interne, et donc il y aurait là en quelque sorte un renvoi au principe classique *Idem est non esse aut non probari*. Des auteurs soulignent ainsi que « l'acceptation suppose une volonté certaine dont le silence n'apporte pas la preuve. Le silence est, au plein sens du mot, *équivoque* : susceptible de deux interprétations. Si l'on

¹⁴¹⁵ M.-J. LITTMANN, *Le silence et la formation du contrat*, th. dactyl., Université de Strasbourg, 1969, n°3.

¹⁴¹⁶ Ph. MALAURIE, note sous Civ. 1, 21 décembre 1960, *D.*1961.I.417.

¹⁴¹⁷ Ainsi du taxi en stationnement (Civ. 1, 2 décembre 1969 : *D.*1970.104, note G. C. M.) ou de l'exécution du contrat (ex. : article 1985 alinéa 2 du Code civil en matière de contrat de mandat).

¹⁴¹⁸ Cf. Article 1120 du Code civil.

n'a pas répondu, c'est peut-être parce que l'on voulait conclure le contrat ; c'est peut-être par une simple négligence à refuser formellement l'offre. Par définition le silence ne dit rien »¹⁴¹⁹, et semble donc impropre à constituer un signe efficient de la volonté. VOIRIN disait du silence qu'il « rend impénétrable la volonté de celui qui le garde et permet de douter que celui-ci ait eu, dans le for intérieur, la volonté de prendre une décision »¹⁴²⁰.

Pourtant, il est admis de longue date que *parfois*¹⁴²¹, le contrat pourra se former *malgré* le silence, lorsque celui-ci sera, selon l'expression consacrée, *circonstancié*¹⁴²² : « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières »¹⁴²³. Or la recherche de ce caractère circonstancié ne peut, selon nous, être ramenée à une recherche par d'autres biais de la volonté réelle du cocontractant demeurée cachée¹⁴²⁴. En effet, la plupart du temps, le droit procèdera par voie de présomption irréfragable. Ainsi la reconduction tacite du contrat de bail¹⁴²⁵ ou l'acceptation d'une proposition de modification, de prolongement ou de remise en vigueur d'un contrat d'assurance suspendu¹⁴²⁶, procèdent-elle moins de la volonté *réelle* du bailleur ou de l'assureur¹⁴²⁷ – complètement ignorée puisqu'elle est dotée autoritairement d'une orientation par voie de présomption – que de l'attente que suscitera chez le locataire ou l'assuré l'absence de remise en cause du contrat à échéance du terme. De même lorsque le Code renvoi aux usages, il ne se préoccupe guère de la volonté réelle du contractant : celle-ci *est dotée par l'usage* d'une signification, peu important les éventuelles dénégations de celui qui prétendrait ne pas avoir eu connaissance de l'usage en question¹⁴²⁸.

En réalité, ainsi que le souligne un auteur, « on étudie la signification du silence du non agissant et on néglige les répercussions de ce silence sur la volonté du ou des partenaires du

¹⁴¹⁹ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°151. Nous soulignons.

¹⁴²⁰ D.1939.1.5.

¹⁴²¹ Cf. H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°137 pour les diverses hypothèses dans lesquelles le silence gardé fait présumer l'acceptation.

¹⁴²² Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 276.

¹⁴²³ Article 1220 du Code civil.

¹⁴²⁴ *Contra* : A. COLIN, H. CAPITANT, *Traité de droit civil*, par JULLIOT DE LA MORANDIERE, t. II, Dalloz, 1959, p. 274 : « la simple abstention d'une personne *ne vaut comme déclaration de volonté* que si les circonstances dans lesquelles elle se produit manifestent de façon certaine, non équivoque, *son intention* de faire l'acte » (nous soulignons). L'on perçoit encore ici une influence forte du volontarisme.

¹⁴²⁵ Articles 1738 et 1739 du Code civil.

¹⁴²⁶ Article L. 112-2 al.2 du code des assurances.

¹⁴²⁷ *Contra* : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°152, qui considèrent que dans la mesure où « il s'agit, dans ces deux cas, non de conclure un contrat nouveau, mais de renouveler ou modifier un contrat antérieur [...] la volonté, chez le destinataire de l'offre, de poursuivre les relations qui l'unissaient à l'offrant est, de prime abord, plus probable que celle de les rompre : le silence perd son caractère équivoque ».

¹⁴²⁸ Com. 9 janvier 1956, Bull. civ. III, n°17 : « en sa qualité de commissionnaire à la Bourse de Paris, X ne pouvait ignorer l'usage selon lequel le fait pour un professionnel, après avoir reçu une commande écrite, de ne pas y répondre télégraphiquement dans les vingt-quatre heures équivalait à une ratification tacite de la commande ».

silencieux. L'attitude silencieuse, dépourvue de signification, peut, dans un certain contexte, à l'égard de certaines personnes, se charger d'une certaine valeur, parfois même d'un sens précis. Il est des silences éloquents... »¹⁴²⁹. C'est donc moins vers celui qui demeure taisant qu'il convient de se tourner, que vers l'autre partie, celle qui observe, scrute, le silence gardé par l'autre, et qui pourra être amenée à en tirer des conséquences, croyant légitimement dans l'existence du lien obligatoire : « affirmer que le silence n'a aucune signification juridique est une abstraction, moins parce que l'individu silencieux a pu avoir une volonté positive, *que parce que son interlocuteur a pu croire, lui, à cette volonté de conclure émanant de la personne silencieuse* »¹⁴³⁰.

375. Pour un élargissement des hypothèses de silence signifiant – Ainsi est-il possible de détacher la force obligatoire de l'expression de la volonté. La Cour de cassation décidait ainsi, en une formule très large¹⁴³¹, que « si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation »¹⁴³² : *ce sont les circonstances qui donnent un sens au silence, peu important par ailleurs ce qu'il recouvre réellement*. Quant à ce sens (acceptation ou pas) il devra être déterminé par référence à ce qui paraît le plus vraisemblable eu égard au signe perçu. Ainsi lorsque le contrat s'inscrit dans des relations d'affaires antérieures¹⁴³³ : dans ce cas en effet, si les parties avaient l'habitude de conclure ou de renouveler leur contrat en gardant le silence, « la force de l'habitude [exige que] celui qui veut en changer doit le dire »¹⁴³⁴. L'observation de la pratique antérieure constitue en effet dans ce cas le signe¹⁴³⁵ raisonnable que ce qui se faisait habituellement est appelé à perdurer : toute rupture dans cette habitude étant raisonnablement imprévisible elle devra être écartée, car dans le même temps les circonstances constituant le « signe » rendent également prévisible pour le cocontractant

¹⁴²⁹ M.-J. LITTMANN, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴³⁰ *Idem*, p. 10. Nous soulignons.

¹⁴³¹ V. sur ce point, pour une mise en perspective avec la réforme : G. CHANTEPIE, M. LATINA, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 192.

¹⁴³² Civ. 1, 24 mai 2005, n°02-15188, Bull. civ. I, n°223 : *RTDCiv.*2005.588, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2005.1007 obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2005, comm. 165, obs. L. LEVENEUR ; *JCP G* 2005.I.194, note C. PERES ; Civ.1, 4 juin 2009, n°08-14481 : *RTDCiv.*2009.530, obs. B. FAGES. Ces décisions cependant semblent opérer une confusion entre le silence et l'acceptation tacite (V. not. : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p.148).

¹⁴³³ V. par ex. : Com. 18 janvier 2011, n°09-69831 : *RDC* 2011.789, obs. Y.-M. LAITHIER ; *Bull. Joly Sociétés* 2011.501, obs. G. HELLERINGER ; Com. 11 mars 2011, n°10-16422 : *RDC* 2011.795, obs. T. GENICON.

¹⁴³⁴ J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°153.

¹⁴³⁵ P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. PATARIN, PUF, 1977, p. 241.

taisant la valeur qui pourrait être accordée à son silence par l'autre partie (fut-ce par application de la présomption *nullum censare ignorare legem*¹⁴³⁶ en ce qui concerne la loi).

Le principe de prévisibilité implique alors que l'on protège la croyance raisonnable de la partie qui, ayant scruté le silence gardé par l'autre, en a déduit de bonne foi¹⁴³⁷ que ce silence était signifiant. L'article 2 :102 des *Principes européens de droit des contrats* renvoi ainsi explicitement à l'attente raisonnable en disposant que « l'intention d'une partie d'être liée juridiquement par contrat résulte de ses déclarations ou de son comportement, *tels que le cocontractant pouvait raisonnablement les entendre* ». Le nouvel article 1120 du Code civil semble de ce point de vue pouvoir constituer une assise satisfaisante pour supporter un élargissement de la jurisprudence de 2005. Raisonnant en termes d'attentes légitimes, les plaideurs pourraient prendre appui *sur toute circonstance entourant la relation litigieuse pouvant utilement montrer, non que celui qui est demeuré taisant a eu la volonté d'accepter, mais que c'est comme cela que pouvait être légitimement interprété son silence* par tout contractant raisonnable (en ce compris le cocontractant taisant !), ce qui ouvre des perspectives très larges de satisfaction contentieuse.

376. Première délimitation – Des auteurs ont pu regretter néanmoins que cette jurisprudence bien connue ait fait l'objet d'une consécration dans le Code sans plus de précision sur la nature des « circonstances », dénonçant cette généralité de la loi comme « une négation même de la force du principe qui ne vaut guère plus qu'une mise en garde »¹⁴³⁸. Il nous semble au contraire que cette souplesse doit être saluée, car si l'article 1120 du Code civil se montrait plus précis en énumérant les hypothèses dans lesquelles le silence vaudrait acceptation, non seulement cela aboutirait à laisser hors du champ de sa sanction un grand nombre de cas *praeter legem* (la loi ne pouvant matériellement recenser l'ensemble des usages, d'autant qu'il semble que ce ne soit point son rôle en raison de la généralité qui doit la caractériser), mais il pourrait y avoir là une « prime à la mauvaise foi » du cocontractant demeurant silencieux tout en sachant pertinemment que son silence serait interprété comme une acceptation, mais profitant du fait que la loi n'aurait pas attribué expressément une telle valeur à son silence. En outre, la vérification de la réciprocité de la prévisibilité de l'attente nous semble de nature à répondre au grief d'imprévisibilité du mécanisme¹⁴³⁹.

¹⁴³⁶ Nul n'est censé ignorer la loi.

¹⁴³⁷ M-J. LITTMANN, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴³⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 128.

¹⁴³⁹ *Idem, ibid.*

§2 : La vérification d'une prévisibilité réciproque

377. Soumission de l'attente au principe de prévisibilité dont elle est l'instrument – La condition de légitimité de l'attente invoquée, dès lors qu'elle est comprise comme un renvoi à l'imprévisibilité du risque, nous semble avoir de grandes vertus modératrices en permettant de borner la protection juridique accordée à la réception psychologique de la volonté manifestée¹⁴⁴⁰. Ainsi un auteur relevait-il que « les attentes de l'un ne sont légitimes que dans la mesure où une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, les aurait elle aussi nourries, de sorte qu'elles n'eussent pu être raisonnablement ignorées par l'autre »¹⁴⁴¹. En réalité, l'attente légitime doit être appréhendée dans une perspective de réciprocité¹⁴⁴².

La possibilité d'intégration dans les contrats d'obligations implicites pourra donc être admise par principe lorsque leur existence pouvait être prévue légitimement par celui qui s'en dit créancier, mais limitée strictement aux cas où elles n'étaient pas imprévisibles pour celui que l'on dit en être le débiteur. On retrouve là un mécanisme similaire à celui déjà évoqué à propos de l'erreur vice du consentement où l'exigence du caractère commun de celle-ci vient limiter son admission en tant que cause de nullité du contrat. De la même façon l'article 1112-1 du Code civil limite le devoir d'information aux seuls éléments « connus » par le débiteur¹⁴⁴³ : dans le cas inverse la mise à sa charge d'une inexécution de cette obligation constituerait en effet pour lui un risque imprévisible.

La vérification du caractère raisonnable de l'attente joue donc dans le sens d'un nivellement de la prévisibilité au bénéfice du débiteur: par voie de présomption on va en effet faire entrer l'ensemble des contractants dans une catégorie abstraite (le groupe des personnes raisonnables), dans laquelle ce qui peut raisonnablement être attendu par l'un, doit aussi être

¹⁴⁴⁰ Cette limite se retrouve d'ailleurs dans les mécanismes précédemment évoqués en *Common law*, qui ne retiennent pas la simple intention, trop mouvante : « d'intention des parties, il n'est guère question parce que ce n'est pas une volonté psychologique mais une volonté objective que retiennent les juges lorsqu'ils définissent le dommage réparable en matière contractuelle [*l'auteur montre en effet que c'est dans l'évaluation de ce dommage réparable que se trouve l'origine de la considération de l'attente légitime des contractants*]. Ils puisent cette volonté dans les prévisions raisonnables des contractants lors de la formation du contrat » (P. LOKIEC, préc., p. 322). Cette objectivation de l'appréciation de l'attente (et non de l'attente elle-même) devra conduire à considérer l'effet subjectif des éléments objectifs d'anticipation dont disposait le sujet de droit, sur la base d'une appréciation menée par référence à un standard de l'individu raisonnable (*idem*, p. 637 et s.).

¹⁴⁴¹ X. DIEUX, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général du droit*, préf. M. HANOTIAU, Bruylant, LGDJ, Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles, 1995, n°58, p. 139.

¹⁴⁴² G. GUERLIN, *op. cit.*, n°167, p. 346, et p. 360 et s.

¹⁴⁴³ V. aussi pour la limitation de l'information due sur le fondement de l'article L. 330-3 du code de commerce aux seuls risques prévisibles lors de la conclusion du contrat : Com. 21 juin 2016, n°15-10029 (inédit) : *RTDCiv.*2016.611, obs. H. BARBIER.

raisonnablement accompli par l'autre¹⁴⁴⁴. Un auteur a particulièrement mis en lumière cet aspect souvent négligé de la théorie des attentes légitime : « il faut comprendre que le fondement de l'attente légitime conduit à imposer des droits et obligations contractuels qu'un contractant raisonnable aurait attendus dans la même situation objective. Ainsi, le fondement de l'attente légitime permet d'imposer des droits et obligations en l'absence même de toute déclaration, à partir du moment où un contractant raisonnable se serait attendu à les identifier dans la situation litigieuse »¹⁴⁴⁵. En somme, ce qui pouvait être raisonnablement anticipé par l'un en tant que créancier, devait pouvoir l'être également par l'autre, le débiteur.

378. L'augmentation du contenu contractuel : le forçage du contrat¹⁴⁴⁶ – La question de l'augmentation par le juge du contenu du contrat a été évoquée¹⁴⁴⁷ : le juge, faisant, *motu proprio*, de longue date un usage particulièrement créatif de l'article 1104 du Code civil¹⁴⁴⁸ et du standard de la bonne foi, ou encore de l'article 1194 du Code civil¹⁴⁴⁹ ouvrant explicitement la porte à une augmentation du contenu obligatoire par le juge se référant à l'équité...

La question de l'« invention » prétorienne d'obligations contractuelles est ancienne : POTHIER déjà l'évoquait en son temps¹⁴⁵⁰. Sous le couvert d'une interprétation des stipulations, qui peut être plus ou moins ostensible¹⁴⁵¹, « le juge ajoute au contrat une obligation à laquelle les parties n'avaient pas songé, et peut être même qu'elles avaient implicitement écartée »¹⁴⁵². G. LYON-CAEN définissait cette obligation implicite comme « [...] une prestation positive ou [...] une abstention – plus généralement [...] un comportement, qui : en premier lieu n'est pas formellement ou explicitement énoncé dans le texte écrit du contrat, et ne peut donc dériver de la volonté clairement exprimée des parties ; en second lieu n'est pas non plus imposé par le régime légal du contrat (comme l'obligation

¹⁴⁴⁴ Cf. F. VINEY, « L'expansion du « raisonnable » dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *D.2016.1941* : « descriptif, le type humain renvoie aux connaissances *supposées* de contractants de même qualité, placés dans une situation identique » (nous soulignons).

¹⁴⁴⁵ *Idem*, p. 326. Nous soulignons.

¹⁴⁴⁶ JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *D.1933*, chron. p. 89 ; V. aussi : L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *Dr. et Patr.* mars 1998, n° 58, p. 69 et s.

¹⁴⁴⁷ Cf. *supra* not. n°146 et 378.

¹⁴⁴⁸ Anciennement article 1134 alinéa 3.

¹⁴⁴⁹ Anciennement article 1135.

¹⁴⁵⁰ POTHIER, *Traité des obligations*, n°7, qui évoque : « les choses qui sont seulement de la nature du contrat sont celles qui, sans être de l'essence du contrat, font partie du contrat, quoique les parties contractantes ne s'en soient point expliquées, étant de la nature du contrat que ces choses y soient renfermées et sous-entendues ».

¹⁴⁵¹ L. LEVENEUR, « Le forçage du contrat », *in*. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 71.

¹⁴⁵² Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°774, p. 420.

de payer le prix ou l'obligation de délivrance) »¹⁴⁵³. La plus emblématique reste sans doute l'obligation de sécurité¹⁴⁵⁴ qui, après avoir été découverte par le juge dans le contrat de transport au début du XX^e siècle¹⁴⁵⁵ a peu à peu investi de nombreuses autres conventions (contrats relatifs à l'hébergement et à l'accueil du public¹⁴⁵⁶, contrats de fourniture d'un produit¹⁴⁵⁷, contrat d'entreprise¹⁴⁵⁸, etc.), mais le même mécanisme se trouve ainsi à l'origine du devoir de mise en garde ou de conseil¹⁴⁵⁹, de certaines obligations de garantie, etc. Par le biais de l'obligation implicite, le juge donne, selon les mots d'un auteur, « à la bonne foi, aux usages et l'équité un rôle compétitif de la volonté des parties »¹⁴⁶⁰, en insérant « de vive force »¹⁴⁶¹ des obligations, par le biais d'une interprétation objective au sein de la relation contractuelle dessinée par les parties lors de l'échange des consentements.

Le problème posé par ce procédé est évident : « le juge [...] peut en venir à découvrir, *après coup*, dans la convention, des obligations *que les parties n'avaient pas prévues* lorsqu'elles ont contracté : le contrat n'est plus intangible ; son contenu obligatoire est susceptible d'une amplification judiciaire »¹⁴⁶². Il crée donc un risque pesant *a priori* sur le contrat en formation, dont les parties peuvent légitimement craindre qu'il soit ultérieurement remis en question en cas de litige, et susceptible d'emporter, *a posteriori*, des conséquences graves dès lors que la responsabilité pour inexécution de la partie reconnue comme débitrice de telles obligations sera nécessairement engagée¹⁴⁶³.

379. Caractère inopérant des critiques volontaristes – Face à ce phénomène, la critique doctrinale a essentiellement porté sur la violation manifeste du principe d'autonomie de la

¹⁴⁵³ G. LYON-CAEN, « L'obligation implicite », *APD* 44, 2000, p. 109.

¹⁴⁵⁴ A noter que le *Projet de réforme de la responsabilité civile* semble avoir pris le parti d'intégrer l'obligation de sécurité à la responsabilité délictuelle (article 1292 et s.).

¹⁴⁵⁵ Cass. civ., 21 novembre 1911 (*Compagnie générale transatlantique*): *G.A.J.C.*, n°277 ; *DP* 1913.1.249, note SARRUT ; *S.*1912.1.73, note LYON-CAEN.

¹⁴⁵⁶ V. par ex. : Civ. 2, 2 juin 1981 : *JCP* 1982.II.19912, note DEJEAN DE LA BATIE (bars et cafés) ; Civ.1, 22 mai 1991, Bull. civ. I, n°163 : *RTDCiv.* 1991.757, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1, 8 février 2005, Bull. civ. I, n°76 : *Dr. et patr.*, avr. 2005, p. 99, obs. F. CHABAS (hôtels) ; Civ. 1, 14 mars 1995, n°93-14458, Bull. civ. I, n°129 (restaurants).

¹⁴⁵⁷ V. par ex. : Civ. 1, 3 mars 1998, Bull. civ. I, n°95 : *R.*, p. 277 ; *D.*1999.36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN ; *JCP* 1998.II.10049, rapp. SARGOS ; *ibid.*, p. 144, n°18, obs. G. VINEY ; *RTDCiv.*1998.683, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1, 15 mai 2007, Bull. civ. I, n°185 ; *D.*2007.1592, obs. GALLMEISTER ; *ibid.* p. 2906, obs. Ph. BRUN ; *RDC* 2007.1147, obs. J-S BORGHETTI.

¹⁴⁵⁸ V. par ex. : Civ. 3, 1^{er} avril 2009, Bull. civ. III, n°71 : *D.*2009.2573, obs. MONGE ; *RDC* 2009.1369, obs. CARVAL ; *RTDCiv.*2009.539, obs. P. JOURDAIN.

¹⁴⁵⁹ Sur l'émergence des obligations d'information, de conseil et de mise en garde, cf. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op.cit.*, p. 424 et s.

¹⁴⁶⁰ Y. PICOD, « Obligations », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, juin 2017, n°54.

¹⁴⁶¹ L. JOSSERAND, « Le contrat dirigé », *DH* 1933.90.

¹⁴⁶² L. LEVENEUR, préc., p. 70. Nous soulignons.

¹⁴⁶³ C'est, du reste, le but même de ce procédé, qui intervient systématiquement au stade contentieux.

volonté qu'il constituait¹⁴⁶⁴. Pourtant, procédant sous couvert d'interprétation, le juge s'est parfois rattaché à la volonté (non exprimée) des parties : le forçage étant « inavoué lorsqu'il se cache derrière le voile d'une volonté tacite des parties : c'est la découverte d'une commune intention supposée ou présumée des contractants qui permet de justifier l'extension du contenu obligatoire du contrat »¹⁴⁶⁵. L'exemple cité est celui du fameux arrêt de 1932 ayant « inventé » une stipulation pour autrui en faveur du conjoint et des enfants d'un voyageur décédé dans un train, leur permettant de demander réparation de leur préjudice personnel au transporteur, alors même qu'ils n'étaient pas partie au contrat, sur le fondement de la stipulation pour autrui¹⁴⁶⁶. Mais, insensible aux critiques, il procède la plupart du temps à un forçage « ostensible »¹⁴⁶⁷. En réalité, dans tous les cas, il est relativement aisé de justifier l'interprétation objective de façon à contourner l'argument de l'atteinte aux volontés des parties. Soit en effet le juge se rattacher à la volonté non exprimée des parties et le « dogme » de l'autonomie est respecté, soit, procédant à un forçage « ostensible » il impose telle ou telle obligations, certes sans se rattacher explicitement à la volonté des parties, mais l'obligation introduite se trouvera alors justifiée *par la catégorie du contrat*¹⁴⁶⁸, puisqu'elle vaudra pour l'ensemble des contrats du même type, et non pas seulement pour le contrat particulier qui a servi de prétexte à son « invention ». Dès lors on pourrait aisément considérer qu'en concluant tel contrat – même innommé, dans la mesure où toute convention sera susceptible de se voir rattachée à un grand type contractuel – les parties ont entendu acquiescer à l'ensemble des obligations qu'il implique par sa nature même : un tel phénomène n'est jamais, à quelques différences près, que celui qui prévaut dans les contrats d'adhésion¹⁴⁶⁹. La critique axée sur l'autonomie de la volonté est donc selon nous inopérante, *a fortiori* aujourd'hui où cette théorie n'est en outre plus guère défendue en doctrine.

380. La limitation de l'interprétation objective aux obligations prévisibles – Ainsi, peu importe à la limite que le juge ajoute au contenu du contrat : il le fait de toute façon déjà

¹⁴⁶⁴ L. LEVENEUR, préc., p. 70.

¹⁴⁶⁵ *Idem*, p. 71.

¹⁴⁶⁶ Cass. civ., 6 décembre 1932 : DP 1933.I.37, note JOSSERAND. La Cour affirme en effet que « le droit d'obtenir réparation du préjudice s'est ouvert, en vertu de l'article 1147 du Code civil au profit du conjoint et des enfants de la victime *en faveur de qui celle-ci a stipulé, sans qu'il ait été besoin de le faire expressément* » (nous soulignons).

¹⁴⁶⁷ L. LEVENEUR, préc., p. 72.

¹⁴⁶⁸ Cass. civ., 24 mai 1933 : DP 1933.I.137 : « attendu qu'en vertu du contrat de transport la compagnie de chemins de fer assume envers la personne transportée l'obligation de la conduire saine et sauve à destination ». V. aussi : Cass. civ., 21 novembre 1911, préc. : « attendu que l'exécution du contrat de transport comporte [...] pour le transporteur, l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination ».

¹⁴⁶⁹ L'article 1110 alinéa 2 du Code civil le définit comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

lorsqu'il est amené à interpréter des clauses obscures, lorsqu'il sanctionne une obligation essentielle tacite contre la stipulation expresse d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, ou encore lorsqu'il réduit le contenu des stipulations en réputant non écrites les clauses abusives... La critique éventuelle de son action nous semble être plus fructueuse en revanche si elle porte sur l'imprévisibilité ou non de ce qui est ainsi ajouté aux prévisions initiales. En effet, « ces obligations implicites évoluent dans le temps et peuvent être mises à charge de l'une ou l'autre partie *selon les circonstances*. Il y a une latence de nombre d'"obligations" enfouies à l'intérieur de tout contrat lesquelles font surface lorsqu'il en est besoin »¹⁴⁷⁰.

Or il apparaît que ce critère de la prévisibilité peut tout à la fois *légitimer le forçage* en considération de ce qui était légitimement attendu par le créancier, et *l'encadrer* en traçant une limite claire consistant à exclure toute création d'un risque imprévisible par le débiteur. En réalité ce critère n'est pas nouveau, et se trouve déjà dans les mécanismes légaux d'augmentation du contenu contractuel. Ainsi lorsque l'article L. 421-3 du code de la consommation impose une obligation de sécurité aux vendeurs professionnels de produits et services, quoique non prévue expressément par le contrat, il en limite dans le même temps le champ en recourant au critère de la prévisibilité : les produits et les services, dispose en effet le texte, « doivent présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou *dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel*, la sécurité à laquelle on peut *légitimement s'attendre* et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ». L'on constate alors que l'obligation se trouve soumise à un double déterminant, correspondant aux attentes respectives du créancier et du débiteur. D'une part en effet, le texte ne met à la charge du professionnel qu'une obligation de sécurité dont l'étendue doit être prévisible par lui¹⁴⁷¹, et qui corresponde d'autre part à ce à quoi pouvait légitimement s'attendre le créancier. De même lorsque la cour de Poitiers statuait – de manière quelque peu caustique avouons-le – sur l'obligation de sécurité du restaurateur à l'égard de sa clientèle, elle faisait appel au même critère de *l'évidence*, apprécié par rapport à ce qui paraîtrait tel à une personne raisonnable (tant donc le créancier que le débiteur): « si, en ce qui concerne la qualité gustative et digestive des mets servis, le restaurateur n'est tenu que d'une obligation de diligence ordinaire, par contre en ce qui concerne la sécurité du client, l'obligation contractuelle assumée est bien une obligation déterminée consistant à rendre le client sain et

¹⁴⁷⁰ G. LYON-CAEN, préc., p. 109.

¹⁴⁷¹ Un auteur remarque ainsi que « le renvoi à la légitimité est un rappel de la relativité des choses humaines : la sécurité ne peut pas être absolue » (Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°3298.

sauf à l'issue du repas, *le client entendant ne point être empoisonné par les aliments absorbés* et la présence de toxine botulinique dans le poisson servi ne constitue pas un cas de force majeure »¹⁴⁷².

381. Deuxième délimitation – La satisfaction de l'attente légitime requiert donc, pour assurer la prévisibilité des situations contractuelles, *que ce qui était raisonnablement attendu par l'un ne pouvait être raisonnablement ignoré par l'autre*.

Il conviendrait donc que les décisions jurisprudentielles visant à accueillir la revendication d'une attente légitime procèdent à une recherche de la réciprocité du caractère prévisible en visant explicitement tant les éléments d'anticipation dont disposait le créancier supposé pour fonder la légitimité de son attente, que ceux à partir desquels il était possible pour le débiteur d'anticiper ce qui serait attendu de lui, ce qui revient en quelque sorte à faire une application comparée du critère de la bonne foi.

382. Conclusion de la sous-section 1 relative à la délimitation du contenu des prévisions –

Afin de constituer un mécanisme prévisible de régulation du risque, une réorientation de la force obligatoire en direction de la protection des attentes légitimes des contractants devrait donc faire l'objet d'une délimitation précise du *contenu* de l'attente. Celle-ci passe par la soumission du mécanisme à une exigence de prévisibilité qui implique une double délimitation. D'une part le juge devra fonder précisément sa décision sur la *recherche d'éléments suffisants d'anticipation qui ont permis la naissance de l'attente*, en les confrontant au standard de l'individu raisonnable. Ces éléments pouvant résider soit dans le contrat lui-même (sa nature, ses stipulations), comme y incite l'article 1170 du Code civil à propos de l'obligation essentielle du contrat, soit dans le comportement du cocontractant (à l'instar de ce que propose le principe de confiance légitime). D'autre part, cette recherche devra être menée *tant en directions du créancier que du débiteur* afin de ne pas déstabiliser les prévisions de celui-ci par des revendications imprévisibles de celui-là.

¹⁴⁷² Poitiers, 16 décembre 1970 : *JCP* 1972.II.17127, note MEMETEAU.

Sous-section 2 : L’opposabilité des prévisions

383. L’attente, source de droit subjectif – Tirant l’analyse à son terme, il semble que la reconnaissance progressive de l’attente légitime comme assise de l’effet obligatoire du contrat devrait conduire à l’élaboration d’une véritable théorie générale de l’engagement de laquelle le droit des contrats pourrait tirer avec profit un certain nombre de lignes directrices. Un auteur avait émis l’idée, voilà quelques années, que « l’attente légitime pourrait devenir une source particulière de droits subjectifs, et par voie de conséquence source d’obligations, à côté des sources classiques que sont le contrat et la faute »¹⁴⁷³. Derrière certaines controverses¹⁴⁷⁴ une idée commune affleure : l’attente légitime fait naître un droit, elle devient source de droits subjectifs¹⁴⁷⁵. Il semblerait alors logique de reconnaître l’existence d’une véritable *créance portant sur l’absence de risque imprévisible dans une situation donnée*.

La croyance, lorsqu’elle est légitime, va en effet « relier » deux personnes : celui qui a donné à croire à celui qui a cru. L’on sera alors évidemment tenté de voir dans le phénomène décrit un mécanisme obligationnel classique mettant aux prises un créancier et un débiteur¹⁴⁷⁶, l’un devant à l’autre *la satisfaction de la prévisibilité escomptée* au vu des signes raisonnables d’anticipation de tel ou tel état de risque. L’obligation est en effet « le rapport de droit (*vinculum juris*) unissant le créancier au débiteur et en vertu duquel le second est tenu envers le premier à l’accomplissement d’une prestation (action ou abstention) »¹⁴⁷⁷.

384. Annonce du plan – La protection de l’attente légitime trouve là sa seconde limite : si elle est définie comme *une créance de prévisibilité*, alors il ne sera possible de recourir à cette théorie qu’à l’égard des seuls risques personnels (§1), excluant par là toute prise en compte de

¹⁴⁷³ J. CALAIS-AULOY, préc., p. 172. V. aussi : C. AMATO, préc., p. 351, qui envisage la question sous l’angle du droit italien mais en étendant l’analyse à l’ensemble du droit occidental.

¹⁴⁷⁴ Not. celle qui opposa M. le professeur GRIMALDI qui proposait dans sa thèse d’introduire la notion nouvelle de « quasi-engagement », nouvelle source d’obligation à mi-chemin des catégories contractuelles et délictuelles (*Quasi-engagement et engagement en droit privé. Recherches sur les sources de l’obligation*, préf. Y. LEQUETTE, *Deffrénois*, 2007) et Mme DANIS-FATÔME (*Apparence et contrats*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004).

¹⁴⁷⁵ V. par ex. : M-P PEIS-HITIER, préc., p. 8 qui propose d’y voir un quasi-contrat, en se fondant sur deux décisions ayant conféré cette qualité à des loteries publicitaires (Ch. mixte, 6 septembre 2002, n°98-22981, Bull. civ. 2002, n°4 ; Ph. BRUN, « Loteries publicitaires trompeuses », in. *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, 2004, Dalloz, p. 191 ; B. FAGES, « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 ! », *RLDA* 2002/54, p. 7 ; Ph. LE TOURNEAU, A. ZABALZA, « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] », *CCC* 2002.22) et au non-respect d’un engagement de reprise dans le cadre d’un plan de cession (Com. 26 octobre 1999, Bull. civ. IV, n°193, p. 164).

¹⁴⁷⁶ Le fait d’asseoir le mécanisme sur une attente subjective individuelle (et non pas collective) détermine, si l’on en croit la doctrine classique, la qualification du rapport en obligation. En effet, l’obligation civile est nécessairement individuelle et relative (DEMOLOMBES, *op. cit.*, n°4). V. not. Y. PICOD, « Obligations », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, juin 2017, n°25.

¹⁴⁷⁷ *Idem*, n°17.

soi-disant « attentes » revendiquées lorsque le risque est seulement matériel (§2), puisque le lien de droit qui caractérise l'obligation n'aurait aucune existence en raison de la dissociation de l'attente invoquée et de la source de la perturbation imprévisible.

§1 : Une créance portant sur la création d'un risque personnel

385. Introduction – Le droit de créance, qui est « l'aspect positif ou actif de l'obligation : c'est-à-dire du lien de droit existant entre deux personnes, et en vertu duquel l'une (le créancier) est en droit d'exiger quelque chose de l'autre (le débiteur) »¹⁴⁷⁸, permettra d'arguer du risque né dans une situation qui en paraissait dénuée pour obtenir satisfaction.

Il en résulte que cette revendication, sous son aspect contentieux, ne pourra avoir lieu qu'à l'égard d'une personne juridique (A) – celle dont le comportement a donné naissance à l'attente – et d'autre part transcende par la nature même de l'instrument retenu – un lien d'obligation – la *summa divisio* traditionnelle entre les ordres contractuel et délictuel de responsabilité, puisque l'obligation peut naître tant d'actes que de faits juridiques. La question de la sanction, qui met en jeu cette distinction devra donc être abordée (B).

A) Une opposabilité limitée

386. Une créance de prévisibilité autonome – Le recours à la notion d'attente légitime implique d'intégrer dans le mécanisme obligationnel purement contractuel (conduisant à indemniser sur le fondement de la responsabilité contractuelle la défaillance de l'un des contractants), *la prise en compte d'une dimension supplémentaire consistant en la prévisibilité ou en l'imprévisibilité de l'inexécution pour celui qui en subit les conséquences*. Cette dernière considération, traduite sous la forme obligationnelle, conduira logiquement à distinguer, quant au chef d'indemnisation, la perte subie à cause de l'inexécution, de celle subie en raison des circonstances imprévisibles dans laquelle elle est survenue. En effet, l'impossibilité de prévoir à temps le défaut d'exécution afin de s'en prémunir pourra, sur le plan du préjudice indemnisable, aggraver celui-ci, dès lors que non seulement le contractant victime n'obtiendra pas ce à quoi il s'attendait en vertu de l'obligation contractuelle souscrite par son débiteur, mais encore que ce défaut d'obtention est pour lui cause de pertes qui auraient pu être évitées s'il avait pu en anticiper la survenance. La même idée trouve à

¹⁴⁷⁸ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°8.

s'appliquer tant à l'intérieur du contrat qu'en dehors : ainsi la rupture de négociations précontractuelles, qui procède d'un exercice de la liberté contractuelle ne pourra être fautive en soi, et donc aucune indemnisation des gains escomptés de la conclusion du contrat ne devrait être admise¹⁴⁷⁹, car aucune attente légitime n'avait pu naître de ce chef en raison de la persistance de la liberté contractuelle, ce que consacre désormais l'article 1112 alinéa 2 du Code civil. En revanche, les conditions dans lesquelles cette rupture intervient¹⁴⁸⁰ ouvriront droit à indemnisation lorsque le contractant victime de la rupture pourra faire la preuve d'une créance de prévisibilité à l'encontre de l'auteur de la rupture, et l'on pourra par exemple envisager l'indemnisation de la perte de chance de conclure avec un tiers¹⁴⁸¹, ou même la perte d'une *chance* de réaliser le gain attendu du contrat dès lors que l'avancement des négociations était suffisant pour faire légitimement croire en leur aboutissement prochain probable, nonobstant la persistance de la liberté contractuelle¹⁴⁸².

La restriction apportée par l'alinéa 2 doit en revanche faire l'objet d'une lecture *a contrario*¹⁴⁸³ pour les cas où la « faute » commise dans les négociations ne consistant pas en une rupture, le contrat aurait au contraire été conclu (et pourrait-on dire « mal conclu » en raison par exemple d'un manquement au devoir précontractuel d'information ou au principe de bonne foi). Dans ce cas, évidemment, l'observation des signes fondant l'attente est tout autre : les négociations s'étant achevées et le contrat étant conclu, le contractant peut légitimement s'attendre à ce qu'il l'ait été à la suite d'un accomplissement ponctuel par l'autre partie de son obligation de bonne foi, et donc que le résultat des négociations, transcrit dans les stipulations, ait été de ce fait optimal. Dès lors, on devrait admettre *a minima* l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir les avantages qui pouvaient être légitimement attendus du contrat « bien conclu »¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁹ Com. 26 novembre 2003 (arrêt *Manoukian*), n°00-10243 et 00-10949, Bull. IV, n°186 : *G.A.J.C.*, n°142 ; *RTDCiv.*2004.80, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 3, 28 juin 2006, n°04-20040 : *D.*2006.2963, note D. MAZEAUD ; *JCP G* 2006.II.10130, note O. DESHAYES ; *RTDCiv.*2006.754, obs. B. FAGES ; Civ. 3, 7 janvier 2009, n°07-20783, *RDC* 2009.480, obs. Y-M LAITHIER ; *RTDCiv.*2009.113, obs. B. FAGES. L'article 1112 alinéa 2 du Code civil consacre désormais cette disposition : « en cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

¹⁴⁸⁰ V. aussi, en parallèle, sur la rupture d'une relation commerciale établie : N. DISSAUX, « L'indemnisation du distributeur en cas de rupture brutale », in. *L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution*, *RDC* 2015.991.

¹⁴⁸¹ V. not. : Com. 7 avril 1998 : *D.*1999.514, note P. CHAUVEL ; *idem*, p. 127, obs. J. SCHMIDT-SZALEWSKI ; *JCP E* 1999, p. 169, obs. P. MOUSSERON ; Com. 18 juin 2002 : *RTDCiv.*2003.282, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁴⁸² O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 78.

¹⁴⁸³ *Idem*, p. 77.

¹⁴⁸⁴ Sur cette hypothèse : *idem, ibid.*

387. Une créance de prévisibilité erga omnes – Le lien obligatoire ainsi décrit apparaît pouvoir s’appliquer en outre hors de la sphère contractuelle. En effet, trouvant sa source dans un *fait juridique* (le comportement d’autrui), il pourra certes naître entre contractants, mais aussi à l’encontre d’un tiers à l’opération dont l’action viendrait créer un risque imprévisible au sein même de celle-ci. Il semble alors possible d’étendre le champ de la régulation à n’importe quelle personne juridique dont les agissements auraient suscité une croyance au cours du processus contractuel: elle sera tenue de réparer le préjudice causé par l’imprévisibilité de ses agissements ultérieurs, en vertu du lien d’obligation né de ce fait. Il nous semble ainsi possible d’appliquer le même principe, à travers des déclinaisons catégorielles et sous le système de responsabilité adéquat, tant aux contractants, qu’aux tiers¹⁴⁸⁵ (qui ont désormais le devoir *légal* de « respecter la situation juridique créée par le contrat »¹⁴⁸⁶) ou encore et surtout à *la puissance publique*, lorsque leur action crée un risque imprévisible pour les parties au contrat¹⁴⁸⁷.

388. Pour une consécration du principe de confiance légitime en droit interne – Sous ce dernier aspect, l’on prônera donc *une mise en œuvre intégrale du principe de sécurité juridique* tel qu’il est consacré au niveau communautaire : non seulement dans sa fonction préventive consistant à promouvoir la qualité des normes (principe consacré sous cet aspect par le Conseil d’Etat depuis 2006), *mais encore dans sa fonction proprement contentieuse en sanctionnant les atteintes portées par l’administration à la confiance légitime des contractants*¹⁴⁸⁸, ce à quoi se refuse traditionnellement l’ordre administratif français¹⁴⁸⁹. Ce principe « bénéficie à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l’administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître dans son chef des espérances fondées »¹⁴⁹⁰. Il « [...] tend à limiter les possibilités de modifications

¹⁴⁸⁵ Par ex. le revirement imprévisible d’un garant au cours de la négociation, contribuant à la faire échouer, ou le retrait d’un partenaire commercial sans préavis suffisant, venant compromettre l’intérêt d’une opération commerciale.

¹⁴⁸⁶ Article 1200 du Code civil.

¹⁴⁸⁷ Le principe d’une responsabilité de la puissance publique du fait des lois est ancien, et ne saurait surprendre : CE, 14 janvier 1938, *Société anonyme des produits laitiers La Fleurette*, Rec., p.25.

¹⁴⁸⁸ V. par ex. : C.J.C.E, 14 mai 1975, aff. 74/74, *Comptoir national technique agricole (CNTA)* : « un opérateur peut légitimement avoir confiance que, pour des opérations irrévocablement engagées par lui parce qu’il a obtenu, sous caution, des certificats d’exportation comportant préfixation du montant de la restitution, aucune modification imprévisible n’interviendra qui aurait pour effet [...] de lui causer des pertes inévitables ».

¹⁴⁸⁹ Il est symptomatique que parmi les propositions faites dans son rapport sur la sécurité juridique de 2006, le Conseil d’Etat offre un aperçu très complet des solutions qui permettraient d’améliorer la qualité des normes, mais n’évoque à aucun moment le versant contentieux qui consisterait à reconnaître en droit français le principe de protection de confiance légitime.

¹⁴⁹⁰ TPI, 30 septembre 1998, *Isabelle Adine-Blanc c/ Commission*, T-43/97 ; TPI, 9 février 1994, *Latham c/ Commission*, T-3/92, Rec. FP p. II-83, n°58 ; TPI, 14 juillet 1994, *Grynberg et Hall c/ Commission*, T-

des normes juridiques, dès lors que des engagements ou leur équivalent ont été pris par les autorités compétentes. Garant d'une certaine prévisibilité dans l'application du droit, ce principe vient protéger "la confiance que les destinataires des règles et de décisions [...] sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions"¹⁴⁹¹ »¹⁴⁹². Les conditions d'exercice de l'action sur ce fondement ont été fixées en droit communautaire : « les assurances fournies par l'Administration doivent être précises, inconditionnelles et concordantes, émanant de sources autorisées et fiables », elles « doivent être de nature à faire naître une attente légitime dans l'esprit de celui auquel elles s'adressent », et « doivent être conformes aux normes applicables »¹⁴⁹³.

389. Quelques raisons d'espérer... – Or la jurisprudence refuse avec constance d'appliquer ce principe dans les affaires internes¹⁴⁹⁴, cantonnant ainsi son application aux cas régis par le droit communautaire quoique soumis à un juge français¹⁴⁹⁵ : le principe de confiance légitime, « qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer, dans l'ordre juridique national, que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire »¹⁴⁹⁶. Des signes concordants permettent cependant d'espérer un revirement dans l'avenir. D'une part en effet, le droit administratif français connaît de longue date une mise en œuvre de la responsabilité de l'administration ayant donné à l'administré de fausses espérances quant à la certitude de l'édiction future d'un acte administratif¹⁴⁹⁷, responsabilité fondée sur le risque créé en dépit de la confiance légitime suscitée : « ce n'est jamais en soi l'abandon d'un projet d'acte qui est une faute préjudiciable ; ce sont donc seulement les conditions dans lesquelles l'Administration a pu faire naître une confiance trompée dans l'esprit de l'administré qui

534/93, Rec. FP p. II-595, n°51 ; TPI, 11 juillet 1996, *Ortega Urretavizcaya c/ Commission*, T-587/93, Rec. FP, p. II-1027, n°57 ; TPI, 5 février 1997, *Petit-Laurent c/ Commission*, T-211/95, Rec. FP p.II-57, n°72.

¹⁴⁹¹ M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, 1996 (n° spécial), p. 179 (cité dans le *Rapport du Conseil d'Etat*).

¹⁴⁹² *Rapport public du Conseil d'Etat*, « Sécurité juridique et complexité du droit », 2006, p. 283.

¹⁴⁹³ TPI, 6 juill. 1999, n° T-203/97, *Forvass*, n°70.

¹⁴⁹⁴ CE, 30 novembre 1994, *SCI Résidence Dauphine*, n°128516 : Lebon, 515.

¹⁴⁹⁵ CE, 16 mars 1998, *Association des élèves, parents d'élèves et professeurs des classes préparatoires vétérinaires*, *Dr. adm.* 5.1998, p. 11 ; CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle de transport Freymuth*, n°210944 : Lebon, 865.

¹⁴⁹⁶ V. not. : CE, 28 septembre 2016, n° 389283 ; CE, 22 juin 2016, n° 400704.

¹⁴⁹⁷ V. not. : J-M. ANDRE, « La responsabilité de la puissance publique du fait des diverses formes d'engagements non contractuels de l'Administration », *AJDA* 1976. 20.

peuvent ici expliquer l'engagement de la responsabilité de l'Administration »¹⁴⁹⁸. D'un autre côté, le Conseil constitutionnel, qui refusait de reconnaître valeur constitutionnelle à ce principe¹⁴⁹⁹, a opéré un revirement dans une décision remarquée de 2013, en décidant que s'« il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions [...] il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause *les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations* »¹⁵⁰⁰.

B) Une sanction à adapter

390. Difficultés du recours à un système unique de sanction – La sanction est ce qui donne l'effectivité à la règle. Il importe donc de fixer les modalités par lesquelles le contractant qui souhaiterait revendiquer une attente légitime est admis à en obtenir satisfaction, afin que l'ensemble du mécanisme apparaisse comme prévisible. Or une difficulté surgit dès lors qu'on admet qu'une telle créance puisse être invoquée *erga omnes* : le champ des personnes juridiques concernées apparaît en effet transcender d'une part les limites de la chronologie contractuelle et les frontières même du contrat, ce qui pose le problème du choix entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle ; et d'autre part les limites des deux ordres de responsabilité civile et administrative lorsqu'il s'agit de revendiquer contre un revirement imprévisible de l'administration.

La diversité des hypothèses devant être prises en compte semble donc empêcher, en l'état actuel des choses, d'enfermer les mécanismes décrits dans un système unique de responsabilité : la sanction de la rupture abusive sera ainsi délictuelle au stade des pourparlers, contractuelle au stade de l'exécution du contrat, la sanction de certaines attentes se fera parfois sur un fondement quasi-contractuel (loteries...), soit encore sur celui de l'apparence (théorie du mandat apparent), etc.

¹⁴⁹⁸ B. PLESSIX, « Sécurité juridique et confiance légitime », *Rev. dr. publ.* 2016.800. L'on sanctionnera notamment la brutalité avec laquelle l'administration est revenue sur une décision, ce qui renvoie à un mécanisme similaire à celui de l'abus dans la rupture des pourparlers (CE, 27 juill. 1988, n° 63928, *Ordoux*, Rec. CE 1988, p. 304, cité par l'auteur).

¹⁴⁹⁹ Cons. const., 30 décembre 1996, n° 96-385 DC, *Loi de finance 1997*.

¹⁵⁰⁰ Cons. const., 19 décembre 2013, n° 2013-682 DC, *Loi de financement de la sécurité sociale 2014* : AJDA 2014.649, note B. DELAUNAY. V. aussi : J-M. SAUVE, « L'entreprise et la sécurité juridique », *intervention lors du Colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État*, 21 novembre 2014. Pour une analyse nuancée de la position du Conseil : C. BLAZY-MALAUURIE, « Constitution et confiance légitime », *Rev. fr. de fin. publ.* 2015, n°130, p. 33.

391. La tentation de l'élaboration d'une catégorie sui generis – Certaines théories originales ont notamment proposé de dépasser, dans une certaine mesure, les classifications traditionnelles¹⁵⁰¹, mais au risque d'ajouter à un matériau théorique déjà particulièrement dense et source de controverses, aucun des mécanismes proposés ne semble pouvoir prétendre constituer un fondement général efficace. Ainsi du quasi-contrat dont la sanction consistera à procurer à autrui l'avantage légitimement espéré¹⁵⁰², ou de la théorie de l'apparence qui visera à l'obtention du même effet¹⁵⁰³. Certains auteurs, à partir de décisions dénuées d'ambiguïté, ont proposé de revisiter cette catégorie¹⁵⁰⁴, en s'appuyant sur la notion de croyance légitime : « celui qui a fait croire ou laissé croire à un certain engagement de sa part est tenu quasi contractuellement à réaliser l'illusion qu'il a ainsi créée »¹⁵⁰⁵. Dans un arrêt de chambre mixte rendu en matière de loterie publicitaire¹⁵⁰⁶, la Cour de cassation, relevant d'office un moyen de pur droit, décidait en effet que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer [...] » et condamnait la société organisatrice sur le fondement de l'ancien article 1371 du Code civil (désormais article 1300). La même conclusion pouvait être tirée d'un arrêt de la chambre commerciale rendu en matière de non-respect d'un engagement de reprise en vertu d'un plan de cession¹⁵⁰⁷ : « le fait juridique à l'origine de ce nouveau quasi-contrat semble reposer sur une fausse promesse qui a généré chez autrui une illusion [...]. Le comportement de la société cessionnaire constituait un encouragement délibéré à la croyance »¹⁵⁰⁸. Néanmoins, un tel fondement peine à s'appliquer non seulement dans des hypothèses où la croyance ne résulterait pas d'un fait « volontaire », d'un « encouragement délibéré », et où le comportement qui réalise le risque résulte en soi de

¹⁵⁰¹ Ainsi en matière de mandat apparent, la doctrine a-t-elle proposé, à la suite de l'arrêt d'Assemblée plénière du 13 décembre 1962 (Bull. ass. plén., n°2 : D.1963.277, note J. CALAIS-AULOY ; *RTDCiv.*1963.572, obs. G. CORNU ; *JCP* 1963.II.13105, note P. ESMEIN), de voir dans l'apparence une « source indépendante d'obligation » (Ph. LE TOURNEAU, « Mandat », in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, juillet 2017, n°175).

¹⁵⁰² V. sur ce point : C. LARROUMET, *op. cit.*, n°227 (critique).

¹⁵⁰³ En effet, « la responsabilité civile a pour fonction de réparer un préjudice. Cette réparation aboutit à l'allocation de dommages et intérêts qui ne peuvent se mesurer qu'à hauteur du préjudice subi. Le principe de la réparation intégrale interdit en effet d'allouer à la victime une somme supérieure. L'intérêt de la théorie de l'apparence est que ses effets consistent au contraire à consacrer au profit de celui qui a vu sa croyance légitime trompée l'objet de cette croyance erronée » (A. DANIS-FATÔME, « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse) », *RDC* 2009.32, n°24).

¹⁵⁰⁴ V. déjà : A. BATTEUR, *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, 1989, qui proposait pour la première fois de voir dans le mandat apparent un quasi-contrat.

¹⁵⁰⁵ M-P PEIS-HITIER, préc., p. 8. Nous soulignons.

¹⁵⁰⁶ Ch. mixte, 6 septembre 2002, n°98-22981, Bull. civ. 2002, n°4 : Ph. BRUN, « Loteries publicitaires trompeuses », in. *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, 2004, Dalloz, p. 191 ; B. FAGES, « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 ! », *RLDA* 2002/54, p. 7 ; Ph. LE TOURNEAU, A. ZABALZA, « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] », *CCC* 2002.22.

¹⁵⁰⁷ Com. 26 octobre 1999, Bull. civ. IV, n°193, p. 164.

¹⁵⁰⁸ M-P PEIS-HITIER, préc., p. 11.

l'exercice légitime d'un droit¹⁵⁰⁹. Il en va de même pour la théorie du « quasi-engagement » élaborée par un auteur¹⁵¹⁰, qui s'appliquerait difficilement à une atteinte extérieure au contrat (provenant d'un tiers, ou de la puissance publique), et repose en outre sur l'idée que « celui qui, *sciemment*, ne s'engage qu'en apparence, doit s'exécuter envers celui qui l'a légitimement cru »¹⁵¹¹. Il est en effet nécessaire d'identifier une « création consciente d'une apparence »¹⁵¹², une « volonté de faire croire que l'on est engagé juridiquement »¹⁵¹³, laquelle joue alors comme une condition restrictive à l'application du mécanisme en l'absence d'intention de créer un risque¹⁵¹⁴.

392. Le recours préférable aux systèmes classiques de responsabilité – Il nous semble donc que la prise en compte d'une créance de prévisibilité n'oblige pas, par elle-même, à une remise en cause aussi ambitieuse des grands équilibres du droit de la responsabilité. Tout au plus serait-elle de nature à conférer une plus grande effectivité aux règles classiques sur le plan de la détermination du préjudice indemnisable...

En effet la distinction classique entre la responsabilité civile et la responsabilité administrative nous semble difficilement pouvoir être dépassée en raison des spécificités propres à l'action de la puissance publique, qui excluent que l'on puisse considérer ses organes comme des justiciables comme les autres. En revanche, au sein de la responsabilité civile, la répartition entre les différents ordres de responsabilité devrait être déterminée *par la nature du fait générateur, et non par la situation temporelle de celui-ci par rapport au dyptique formation/exécution du contrat.*

393. Le fait juridique source de la créance de prévisibilité – Il est certain que s'agissant d'une revendication de cette créance à l'encontre d'un cocontractant, l'attente de prévisibilité

¹⁵⁰⁹ Cela exclut également le recours dans ce cas au mécanisme du délit ou du quasi-délit qui sont des faits illicites. L'exemple topique étant la rupture abusive de pourparlers précontractuels où l'une des parties pourra avoir cru très légitimement dans la conclusion à venir du contrat, mais ne pourra pas en aucun cas exiger la conclusion forcée de celui-ci ni même l'indemnisation de la perte de chance de ce chef (Com. 26 nov. 2003, n°00-10243 et n°00-10949, *D.*2004.869 ; *RTDCiv.*2004.80, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RDC* 2004.257, note D. MAZEAUD ; Civ. 3, 28 juin 2006, n°04-20040, *D.*2006.2963, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.*2006.770, obs. P. JOURDAIN).

¹⁵¹⁰ C. GRIMALDI, «Quasi-engagement et engagement en droit privé, préf. Y. LEQUETTE, *Defrénois*, coll. Doctorat et Notariat, 2007.

¹⁵¹¹ C. GRIMALDI, *op. cit.*, n°67.

¹⁵¹² *Idem*, n°236.

¹⁵¹³ S. OBELLIANNE, *op. cit.*, n°191. L'auteur précise : « en ce sens la notion de volonté apparente est trompeuse : il y a bien réellement une volonté de faire naître une croyance chez son partenaire. La volonté apparente n'est rien d'autre que la volonté réelle de faire croire que l'on est engagé »

¹⁵¹⁴ La même critique peut être faite à la théorie de l'apparence, qui dans ses applications contemporaines au moins, recourt de la même façon à l'idée de faute : cf. A. DANIS-FATÔME, *préc.*, n°5 et s.

aura alors tendance sinon à se confondre du moins à se juxtaposer de manière quasi indécélable avec l'obligation contractuelle. Elle doit pourtant en être distinguée : si le contrat donne naissance à une certitude concernant l'obtention de *l'objet* de l'obligation souscrite (soit spontanément, soit de façon contrainte en nature ou par équivalent par le biais du traitement de la défaillance contractuelle), il ne donne naissance *ab initio*, en ce qui concerne *la ponctualité* de cette obtention, qu'à une attente pondérée par le risque toujours présent que le cocontractant ne veuille plus, ou ne puisse pas le moment venu, s'exécuter. Autrement dit, lors de la conclusion du contrat, chaque contractant sait que *l'effet de droit recherché* sera certainement obtenu, alors que *le caractère ponctuel et non-contentieux de cette obtention* sera soumis à un aléa, plus ou moins important, tenant à la présence dans le mécanisme juridique d'un facteur humain, soumis en outre à des influences extérieures. Ainsi du voyageur concluant un contrat de transport : le transporteur s'engage à le conduire à destination à un certain horaire. Ledit voyageur acquiert donc *ab initio* une certitude quant à l'objet de son contrat : la compagnie ferroviaire devra d'une façon ou d'une autre s'exécuter soit en accomplissant sa prestation, soit en remboursant le prix du billet qui constituait l'équivalent de sa prestation et en prenant éventuellement en charge l'acheminement à destination des voyageurs que l'interruption du trafic surprendrait en cours de voyage. La limitation par l'article 1231-3 du Code civil de la réparation aux dommages et intérêts prévisibles lors de la conclusion du contrat interdit en revanche que puisse être réclamée l'indemnisation du préjudice causé par le retard à l'arrivée (correspondance aérienne manquée, rendez-vous d'affaire retardé, etc.) : le transporteur ne pouvait en effet raisonnablement prévoir les projets de chacun au moment de la prise du billet. Ce préjudice – parfois très important – reste donc à la charge du voyageur, car il ne pouvait être intégré dans l'anticipation des risques par le transporteur¹⁵¹⁵.

Le recours à une créance de prévisibilité permettrait au contraire selon nous d'apporter une réponse plus équitable dans certaines hypothèses où, quoi que l'événement perturbateur constitue un cas de force majeure, la gestion déficiente de cette perturbation – imprévisible lors de la conclusion du contrat – par la compagnie causerait *en tant que telle* un préjudice aux voyageurs : communication d'informations erronées ou vagues quant à la durée du retard, absence de solution de remplacement raisonnables mises en place en temps utiles, etc. Dans ce cas, par principe, la compagnie ne pourra être tenue d'indemniser le préjudice indirect subi par le voyageur, sauf pour ce dernier à démontrer qu'il aurait pu l'éviter s'il avait eu les

¹⁵¹⁵ Cf. *supra* n°76.

moyens d'anticiper l'inexécution finalement advenue, dès lors que le transporteur aurait fait naître une croyance dans le fait qu'il accomplirait malgré tout sa prestation¹⁵¹⁶.

La créance dont il s'agit d'assurer l'effectivité est donc un lien obligatoire né d'un fait juridique. Dès lors, il convient de suivre le régime juridique indiqué par l'article 1100-2 du Code civil : soit la responsabilité délictuelle, ou quasi-contractuelle pour les situations dans lesquelles les conditions de ce régime trouveraient à s'appliquer.

394. Le lien de causalité – La question du lien de causalité permet en revanche d'exclure le recours à la responsabilité contractuelle. En effet, l'art. 1231-4 du Code civil (placé dans une section intitulée « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution *du contrat* ») dispose : « dans le cas même où l'inexécution *du contrat* résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe *de l'inexécution* [dudit contrat] », exclu *de jure* l'application des règles du traitement de la défaillance contractuelle à la créance de prévisibilité qui doit justement être distinguée de l'obligation contractuelle proprement dite.

Sa démonstration sera néanmoins sans doute plus difficile à faire que dans les hypothèses classiques, dans la mesure où il conviendra d'établir que le dommage allégué résulte du caractère imprévisible du comportement, et où les plaideurs auront sans doute tendance à user de l'action ainsi ouverte comme d'un « fondement balais » pour intégrer à leur demande l'ensemble des préjudices indirects qu'ils ne seraient pas admis à faire valoir sur le fondement de la responsabilité contractuelle, d'autant que le principe de non cumul des responsabilités ne s'appliquerait pas ici, puisque le fait générateur et le dommage diffèrent.

De ce point de vue, il nous semble que le système proposé comporte en lui-même sa propre limite, dans la mesure où le devoir de coopération en vertu duquel celui dont le comportement peut être la cause du risque contractuel doit mettre son cocontractant en mesure de prévoir suffisamment en amont la survenance de celui-ci, aura pour corollaire nécessaire l'obligation pour le créancier de minimiser son dommage. Ce principe reconnu par la *Lex mercatoria* oblige « la partie qui invoque la contravention au contrat [à] prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une

¹⁵¹⁶ Ainsi, le voyageur demeurant en gare au vu du retard affiché lui permettant malgré tout d'arriver à temps, et qui se trouverait en réalité confronté finalement à un retard beaucoup plus important en raison d'une mauvaise communication en temps réel du transporteur.

réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée »¹⁵¹⁷. Ainsi que le soulignait J-L AUBERT, « dès lors que la victime disposait de "moyens sûrs, raisonnables et proportionnés" pour empêcher la production du dommage – en tout ou en partie d'ailleurs – elle est fautive de ne pas les avoir mise en œuvre, comme elle l'est, dans les mêmes conditions, pour ne pas s'être opposée à l'aggravation du préjudice »¹⁵¹⁸. La part du préjudice qui aurait pu être réduit par une coopération des parties en bonne intelligence restera ainsi à la charge du créancier dans la mesure où le lien de causalité se trouve finalement rompu : c'est désormais son incurie qui est à l'origine de cette part du dommage.

395. Détermination du préjudice, appréciation de la réparation adéquate – Les éléments essentiels de l'indemnisation – là se trouve en revanche l'intérêt du recours à la notion de prévisibilité – *devront être déterminés par rapport à l'objet de l'obligation inexécutée c'est-à-dire à ce qui semblait pouvoir être obtenu sans risque*. A l'inverse l'existence d'un risque pris en compte au cours du processus psychologique viendra limiter l'indemnisation¹⁵¹⁹. La nature de la réparation sera donc conditionnée par la démonstration de l'existence d'une attente légitime de *certitude* quant à l'avenir contractuel : lorsque l'avenir contractuel apparaissait légitimement comme certain, *cette certitude devra être satisfaite par l'obtention de l'avantage escompté* comme cela pourra être le cas par exemple en matière de loterie publicitaire, de promesse unilatérale de contrat où l'existence de celui-ci se trouve par nature au pouvoir du seul bénéficiaire, ou encore dans les diverses applications de la théorie de l'apparence qui exige pour jouer son plein effet l'existence d'une attente certaine¹⁵²⁰ du côté de celui qui l'invoque, quant aux pouvoirs du mandant, à la qualité de propriétaire, etc...

A l'inverse, dans certains cas la prévisibilité ne sera pas équivalente à une certitude, mais à la seule anticipation de l'existence d'un risque dans une situation donnée. Ainsi, par exemple, la croyance dans la prévisibilité du comportement d'une partie à des négociations précontractuelles devra toujours composer avec la possibilité de non conclusion du contrat impliquée par le principe de liberté contractuelle qui permet jusqu'à la rencontre des consentements formatrice du contrat, de changer d'avis et de ne pas conclure... La

¹⁵¹⁷ Article 77 C.V.I.M.

¹⁵¹⁸ J-L AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *in. Mélanges G. VINEY*, LGDJ, 2008, p. 57. V. aussi sur cette question : Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°48, qui plaide pour une reconnaissance de l'obligation de minimiser le dommage tant en droit de la responsabilité délictuelle que dans le traitement de la défaillance contractuelle.

¹⁵¹⁹ On retrouve là en quelque sorte l'idée qui prévaut dans la théorie des vices du consentement selon laquelle l'aléa chasse l'erreur (article 1133 alinéa 3 du Code civil).

¹⁵²⁰ Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *préc.*, n°179.

jurisprudence refuse, dans de telles hypothèses, d'indemniser la perte de l'avantage attendu du contrat, tout comme d'ordonner la formation du contrat nonobstant le revirement de volonté dommageable. Quant à l'évaluation de la réparation due, la difficulté résultera alors de l'impossibilité de conférer une valeur pécuniaire à la prévisibilité ou à l'imprévisibilité elle-même. Mais celle-ci n'est qu'une conséquence intermédiaire, dont la valorisation aux fins d'indemnisation pourra aisément résulter de la considération de l'effet du risque créé sur la situation patrimoniale du contractant qui en est victime. L'on prendra alors en compte les frais engagés inutilement par le contractant victime en considération de l'attente suscitée ou le coût qui résultera pour lui de la perte de l'avantage escompté, selon les critères classiques du *lucrum cessans* et du *damnum emergens*.

§2 : L'exclusion d'une prise en compte du risque matériel

396. Force majeure et imprévision – La définition de l'attente légitime comme une créance oblige à n'admettre sa revendication *qu'à l'égard des seules personnes juridiques dont le comportement est la source du risque*. Un tel fondement ne peut en revanche jouer dans le cas où une prévision d'un des contractants se trouverait déjouée par un risque matériel survenant au cours de l'exécution du contrat, ce qui est l'hypothèse couverte respectivement par la force majeure lorsque la perturbation est telle qu'elle rend impossible l'exécution (article 1218 du Code civil¹⁵²¹), et par la théorie de l'imprévision lorsqu'il ne fait que la rendre plus difficile (article 1195 du Code civil)¹⁵²².

Le mécanisme de l'exonération pour cas de force majeure est connu, et n'est guère sujet à contestation : l'exécution de l'obligation attendue étant rendue impossible sans qu'il en aille de la mauvaise foi ni de la faute du débiteur, elle se trouve donc temporairement suspendue, ou le contrat résolu de plein droit lorsque l'impossibilité est définitive.

Celui de la révision pour imprévision est en revanche de consécration récente dans le Code, dont l'article 1195 dispose désormais : « Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du

¹⁵²¹ V. aussi la définition de la force majeure donnée en matière de responsabilité délictuelle par les articles 1253 et s. du *Projet de réforme de la responsabilité civile*.

¹⁵²² Pour une comparaison : P. ANCEL, « Imprévision », *in. Rép. dr. civ.*, mai 2017, n°3.

contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

Le cas de l'imprévision doit être évoqué car il se situe justement sur une ligne de crête qui rend difficile à départager les attentes légitimes de chacune des parties (A), et il conviendra de proposer les termes d'un traitement prévisible du problème (B).

A) L'impossible recours à l'attente légitime pour justifier la révision pour imprévision.

397. La justice de l'échange comme fondement du contrat – L'imprévision peut être définie comme « les situations où un contrat, dont l'exécution est échelonnée dans le temps ou du moins différée, voit son équilibre profondément bouleversé par suite d'un changement imprévisible des circonstances qui avaient présidé à sa conclusion, de sorte que son exécution devient excessivement difficile pour la partie au détriment de laquelle s'opère ce déséquilibre »¹⁵²³. Le débat se place donc d'emblée, en vertu de cette définition, sur le terrain de la *justice* ou de l'*efficacité* contractuelle, ce à quoi invite d'ailleurs la motivation de l'arrêt apéritur du 6 mars 1876¹⁵²⁴ qui évoque l'*équité* dont seraient tentés de se prévaloir les juges pour s'immiscer dans les rapports contractuels. Au contraire, la doctrine favorable à l'admission de la théorie de l'imprévision, fait valoir qu'un contrat injuste n'aurait pas de légitimité à être exécuté¹⁵²⁵ : pour reprendre la célèbre expression d'un auteur, le droit ne sanctionne le contrat (c'est-à-dire qu'il en garantit par sa force coercitive la ponctuelle exécution) « que parce qu'il est utile, et à la condition qu'il soit juste »¹⁵²⁶. La survenance de l'imprévu venant rompre l'équilibre des prestations respectives, il conviendrait donc *a minima* de ne pas obliger le contractant qui en souffre à demeurer dans une relation injuste – l'on prônera alors la résolution – ou mieux encore, dans une perspective plus utilitaire consistant à

¹⁵²³ *Idem*, n°1. V. aussi : Ph. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994, n°117 et s.

¹⁵²⁴ Cass. civ. 6 mars 1876 : DP 1876.I.193 ; S. 1876.1.161 ; G.A.J.C, n°165.

¹⁵²⁵ V. par ex. : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 428, n°409 qui situent le débat sur le terrain de la justice commutative qui doit l'emporter sur le principe moral du respect de la parole donnée: « le contrat n'est plus légitime lorsqu'un déséquilibre profond s'y accuse entre les prestations réciproques ».

¹⁵²⁶ J. GHESTIN, « La notion de contrat », D.1990.147.

appliquer le principe de faveur pour le contrat, de procéder à une répartition du risque sur l'ensemble des contractants afin de rétablir l'équilibre initial détruit en révisant le contrat¹⁵²⁷.

L'existence dans notre droit de plusieurs mécanismes tels que la rescision pour lésion (même admise à titre d'exception strictement encadrée¹⁵²⁸), de la réduction pour excès, le développement du contrôle des clauses abusives étendu en droit commun¹⁵²⁹ après avoir innervé le droit de la consommation, semblent plaider en ce sens.

398. Distinction de l'imprévision et des phénomènes proches – L'on pourrait être tenté de rapprocher l'imprévision d'hypothèses *a priori* similaires d'interventions du juge aux fins de rétablir la justice contractuelle rompue. Pourtant, les phénomènes diffèrent lorsqu'on considère la nature du déséquilibre, qui apparaît toujours comme étant d'une part interne à la convention, et d'autre part existant *actuellement* au moment de la formation du contrat, seule *la découverte de cette actualité initiale* intervenant au stade de l'exécution : la lésion est un grave déséquilibre initial de la convention¹⁵³⁰, ce qui explique que la rescision¹⁵³¹ soit une

¹⁵²⁷ V. par ex. : Article III. – 1 :110 (2) : « *If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court* ». Le commentaire des *Principes de droit européen des contrats* reprend cette même idée : « les *Principes* ont accueilli un tel mécanisme selon une conception large et souple. Cette conception correspond en effet à l'impératif de justice contractuelle qui les anime, en ce qu'elle évite que la charge d'un événement imprévu pèse sur une seule des parties » (G. ROUHETTE (s. la dir.), *Principes du droit européen du contrat, version française*, Société de législation comparée, 2003, p. 285).

¹⁵²⁸ La lésion n'est pas, par principe, une cause de nullité du contrat : l'article 1168 du Code civil dispose en effet que « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ». C'est donc sous réserve de l'existence d'un texte spécial que la lésion peut être admise à jouer comme un motif de remise en cause de l'accord contractuel. Ces textes spéciaux existent *rationae personae* d'une part : contrats conclus par un mineur incapable (articles 1149 et 1151 du Code civil. Sur cette question V. J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°244 p. 251, pour qui « la lésion n'est [...] pas ici, et par elle-même, une cause de nullité. Tout au contraire, c'est l'absence de lésion qui rend un contrat inattaquable en dépit de l'irrégularité qui l'entache », ou par un majeur placé en tutelle, en curatelle (article 465-1 du Code civil) ou sous sauvegarde de justice (articles 435 alinéa 2 du Code civil) ; et *rationae materiae* d'autre part : partage (articles 889 et s. du Code civil), vente immobilière (article 1674 du Code civil), contrat d'assistance maritime (loi n°67-545 du 7 juillet 1967), prêt à intérêts (article L. 314-6 du code de la consommation), cession forfaitaire du droit d'exploitation d'une œuvre littéraire (article L. 131-5 du code de la propriété intellectuelle), certaines ventes agricoles (par exemple les ventes d'engrais et de semences : *loi du 13 juillet 1979*), etc.).

¹⁵²⁹ Article 1169 du Code civil issu de la réforme de 2016. V. sur ce sujet : F. BICHERON, « N'abusons pas de la clause abusive », *in*. « La réforme du droit des contrats », *Gaz. Pal.* 2015, n°120, p. 24 et s. ; G. CHANTEPIE, « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA* 2015.121 et s. ; N. DISSAUX, « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *in*. « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. et patr.* oct. 2014, n°240, p. 53 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Clauses abusives : on attendait Grouchy... », *idem*, p. 56.

¹⁵³⁰ Elle est classiquement définie comme « le préjudice résultant, pour l'une des parties à un contrat, d'un défaut d'équivalence entre l'avantage qu'elle obtient et le sacrifice qu'elle consent » (J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°241). V. sur ce sujet : G. CHANTEPIE, *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2006.

¹⁵³¹ P. ANCEL, *op. cit.*, n°2.

variété particulière d'annulation, de même que l'excès cause de réduction judiciaire qui renvoi lui aussi à l'idée de l'injustice originelle d'une clause outrepassant de trop ce qui est prévu par la loi¹⁵³². Il est indéniable que dans ces hypothèses le constat d'une *injustice* de la convention motive l'intervention du juge, mais il s'agit alors de mettre fin à cette injustice *initiale* soit en opérant une remise en cause du contrat lui-même (rescision), soit en réduisant la clause excessive en maintenant le contrat pour l'avenir.

Il est donc admis que le juge puisse intervenir dans le contrat pour pallier une injustice. Néanmoins, dans chacune des hypothèses évoquées, l'injustice considérée d'une part *procède du contrat lui-même* (et non d'une circonstance extérieure), et d'autre part (excepté le cas de la réfaction) *existe dès sa formation*, ce qui constitue selon nous une différence tout à fait fondamentale avec le phénomène de l'imprévision. Dans l'imprévision en effet le contrat n'est pas injuste en lui-même : l'injustice ne procède pas du déséquilibre de ce qui a été convenu (à l'instar de ce qui motive la rescision ou la réduction) ou du comportement de l'une des parties (sanctionné par la réfaction) mais est causée par un événement extérieur dont le contrat subit les conséquences en termes de déséquilibre. Lors de sa formation, la convention se trouve donc figée dans un état de justice que le principe de la force obligatoire a justement pour fonction de perpétuer lorsque ce contrat a pour vocation de développer ses effets dans le temps.

399. Le cas de la réfaction du contrat en cas d'inexécution – La réfaction¹⁵³³ du contrat, est une autre hypothèse en apparence proche du phénomène de l'imprévision, cantonnée pour sa part à la matière commerciale¹⁵³⁴. Elle est une alternative à la résolution du contrat, consistant pour le juge à imposer une réduction du prix *en cas d'inexécution partielle* de l'obligation de

¹⁵³² Durée excessive d'une faculté de rachat (article 1660 du Code civil), taux d'intérêt usuraire (article L. 314-6 du code de la consommation), etc. Le contrat sera ici maintenu par le juge au bénéfice d'une substitution d'une clause licite à la clause excessive.

¹⁵³³ A ne pas confondre avec la réfection qui consiste à renouveler le lien contractuel (« refaire » le contrat) en le purgeant de la cause de nullité qui l'affectait et faisait peser sur lui un risque d'anéantissement. Ce mécanisme étant fondé sur un nouvel accord des volontés celles-ci ne se trouvent pas prises en défaut dans les attentes qui en avaient fondées l'émission puisqu'elles leur substituent de nouvelles attentes.

¹⁵³⁴ Même si certaines décisions avaient pu laisser croire à une contamination en droit commun (cf. H. LECUYER, « La modification unilatérale du contrat », in. C. JAMIN, D. MAZEAUD (s. la dir.), *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, coll. Etudes juridiques, p. 47 et s.), et nonobstant l'avis contraire de certains auteurs (V. par ex. : M-E PANCAZI, « Réduction du prix » (s. la dir. de C. PRIETO), in. *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 504 et s.), la Cour de cassation est venue rappeler fermement le principe dans un arrêt de la troisième chambre civile du 29 janvier 2003 (n°01-02759, Bull. civ. III, n°23, p. 22 : *Deffrénois* 2003.844, obs. E. SAVAUX), sanctionnant les juges du fond d'avoir prononcé une réduction du prix pour inexécution partielle de l'obligation de délivrance de l'immeuble vendu, au motif « que le juge ne peut pas modifier le prix de vente déterminé par les parties et que le préjudice résultant de l'inexécution partielle par le vendeur de son obligation de délivrance ne peut être réparé que par l'allocation de dommages-intérêts ».

délivrance *tout en maintenant le contrat à de nouvelles conditions*. Il s'agit donc bien ici d'une hypothèse admise de révision judiciaire du contrat, fondée sur un postulat de pragmatisme et d'efficacité : mieux vaut maintenir le contrat – une fois procédé à sa révision cela s'entend – au nom de son utilité économique qu'y mettre fin, privant ainsi les parties de l'intérêt qu'elles escomptaient de son exécution. Le risque (de nature personnelle) dont il est ici question apparaît pour sa part relativement proche de celui pouvant donner lieu à la théorie de l'imprévision puisque n'existant qu'à l'état d'*éventualité* au stade de la formation du contrat, *il ne s'actualise qu'en cours d'exécution*.

Pourtant, il ne sous semble pas possible là encore d'assimiler cette hypothèse à la problématique soulevée par la révision pour imprévision: il s'agit plus au premier chef d'une figure de *sanction* (à l'égard de celui qui a manqué à son engagement et qui n'en percevra donc pas la contrepartie initialement stipulée) ou d'aménagement *in favorem* du lien contractuel (au bénéfice de la partie victime de l'inexécution que l'on va protéger d'une obligation qu'elle aurait souscrite et qui se révélerait sans qu'il en soit de sa faute déséquilibrée au vu de la prestation reçue), que d'une adaptation du contrat fondée sur le constat de son injustice, même si l'effet de la réfaction – comme de tout mécanisme de responsabilité du reste – consistera à réparer le préjudice causé au cocontractant postérieurement à la conclusion du contrat.

400. Danger d'une lecture de l'imprévision en termes de justice contractuelle – Le problème posé par l'analyse classique de l'imprévision en termes de justice contractuelle est l'absence logique d'une condition tenant à l'imprévisibilité du risque. En effet, ainsi que le souligne un auteur, « même prévisible, l'événement effectivement imprévu n'en bouleverse pas moins l'économie du contrat et appelle un remède »¹⁵³⁵. Si ce qui justifie l'intervention régulatrice du droit est le rétablissement de la justice dans le contrat devenu déséquilibré, l'on se trouve alors face au dilemme maintes fois formulé : est-il plus injuste de défaire le contrat dans son équilibre initialement voulu, ou de le laisser s'exécuter alors que cet équilibre n'existe plus ? La réponse est évidemment conditionnée par la vision théorique retenue du contrat : est-il un *acte de volonté* (et l'on pensera à la fameuse apostrophe de FOUILLEE : tout ce qui est contractuel est juste »), ou un *acte de prévision* (auquel cas il semblerait possible d'admettre un rééquilibrage *a posteriori* dès lors que ces prévisions se trouvent perturbées) ? Il semble bien que la seconde vision l'emporte...

¹⁵³⁵ L. AYNES, préc., n°19.

401. Une lecture du contrat comme acte de prévision – La loi permet en effet au juge de mettre fin à un contrat lorsqu’il en constate le déséquilibre structurel initial (rescision pour lésion) ou même de modifier certaines obligations tout en maintenant les parties dans les liens contractuels lorsqu’il s’avère que ce qui était initialement convenu est excessif (réduction pour excès) ou illicite (sanction du réputé non écrit pour les clauses abusives par exemple). Sur le plan historique, il semble que le mouvement se soit accentué au fil du temps¹⁵³⁶, depuis un Code napoléon fortement marqué par l’individualisme et l’importance donnée à la parole tenue¹⁵³⁷, jusqu’à notre époque peut-être plus portée à souhaiter une garantie de la justice et de la morale contractuelle¹⁵³⁸, érigeant le juge en gardien de celles-ci. Un auteur explique qu’« à la figure traditionnelle du contrat intemporel et intangible, nécessairement juste puisque librement voulu et égalitairement conçu, propulsé par la seule énergie de la parole donnée, insensible au temps qui passe, résistant aux maladies de l’économie, imperméable aux bouleversements politiques et sociaux, s’est, sinon substituée, du moins superposée une autre vision du lien contractuel. Outre que le législateur et la jurisprudence contemporains ont désormais définitivement intégré le fait que le contrat n’avait pas nécessairement pour ferments la liberté et l’égalité, et n’était donc pas inéluctablement le creuset de la justice, on envisage aujourd’hui ses rapports avec le temps, avec un peu plus de modestie et surtout de réalisme que dans l’idéologie libérale dont se nourrit la doctrine classique et qui repose sur une conception abstraite et désincarnée de l’*homo contractus* et des rapports sociaux. En clair, pas plus qu’on ne peut sérieusement ignorer que le contrat jaillit souvent d’un rapport de forces, source de déséquilibres contractuels inadmissibles, pas plus le contrat ne s’inscrit dans un temps figé, immobile, une fois qu’il a été valablement conclu »¹⁵³⁹.

Dès lors il semble tentant de proposer un assouplissement de la force obligatoire, exprimée à travers l’airain des principes d’intangibilité et d’irrévocabilité des conventions, en recourant à la théorie des attentes légitimes : en clair le débiteur peut faire valoir qu’il ne pouvait légitimement prévoir d’exécuter le contrat dans un environnement devenu source de

¹⁵³⁶ M. le professeur MAZEAUD soulignait ainsi en 2005, en contrepoints aux oppositions doctrinales dont elle faisait l’objet, « l’ampleur du phénomène de la révision, sous toutes ses formes, à tel point qu’en forçant un peu le trait, on serait plutôt tenté de parler d’invasion de la révision dans notre droit contractuel contemporain » (*in*. « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4 et s., n°5).

¹⁵³⁷ Il convient de relativiser cette partition qui, prise à la lettre, est tout sauf vraie : la rescision pour lésion est présente en effet dès l’origine dans le Code civil, et témoigne d’un souci de prendre en compte l’intérêt particulier du contractant lésé, autant que l’intérêt général. Sur cette question V. not. : D. DEROUSSIN, « Le contrat à travers le Code civil des français », *in*. C. GAUVARD (s. la coord.), *Les penseurs du Code civil*, La documentation française, 2009, spéc. p. 269.

¹⁵³⁸ SALEILLES disait, il y a plus d’un siècle : « le droit tend de plus en plus à faire reposer le contrat sur la justice et non la justice sur le contrat » (*in*. *Déclaration de volonté*, 1901, p. 351).

¹⁵³⁹ D. MAZEAUD, préc., n°6.

déséquilibre. Une telle vision, fondée non sur la seule considération de la justice du contrat a au moins l'avantage de faire réapparaître la condition de l'imprévisibilité du risque, de nature à modérer quelque peu le mécanisme.

L'article 1195 du Code civil apparaît de ce point de vue en accord avec les mécanismes de *hardship* intégrés dans les instruments précurseurs que sont les *Principes UNIDROIT* et les *Principes européens de droit des contrats*. L'article 6.2.2 des *Principes UNIDROIT* dispose en effet que l'imprévision nécessite « a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération », ce qui revient à constater l'existence d'un risque éventuel imprévisible lors de la conclusion du contrat, et l'actualisation de ce risque au cours de l'exécution du contrat. De la même façon, l'article 6.111 des *Principes européen de droit des contrats* définit le *Hardship* comme le changement de circonstances « est survenu après la conclusion du contrat, [et] ne pouvait être raisonnablement pris en considération au moment de la conclusion du contrat », ce qui revient là encore à constater son imprévisibilité initiale. Il appartiendra en revanche à celui qui cherche à obtenir l'adaptation du contrat de prouver cette imprévisibilité *pour lui* du risque. De ce point de vue la nouvelle législation nous paraît faire preuve de mesure en visant explicitement la notion d'« imprévisibilité » là où les textes antérieurs usaient de périphrases. Elle aligne en outre le nouveau régime du droit privé des contrats sur celui du droit administratif tel qu'il fut défini dans l'arrêt apériteur en 1916¹⁵⁴⁰ : « parmi les conditions de base de la théorie de l'imprévision, la survenance d'un événement imprévisible en constitue le pivot »¹⁵⁴¹. En d'autres termes, sans le constat de l'imprévisibilité du risque et non de sa seule imprévision, c'est l'imprévoyance des parties que le droit favoriserait, ce qui n'est guère souhaitable ! En négligeant le risque dont il avait ou pouvait avoir connaissance, le contractant est présumé avoir accepté de l'assumer, et n'est plus admis à s'en plaindre...

402. Confrontation de l'imprévision au principe de prévisibilité – Pourtant, ainsi que le souligne un auteur : « un raisonnement en terme de prévision ne permet pas [...] de prendre fermement parti. La situation, en effet, oppose un contractant voulant modifier le contrat, parce que ses prévisions originelles ont été déjouées, et un autre qui estime ne pouvoir se voir

¹⁵⁴⁰ J. ANTOINE, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA* 2004.80.

¹⁵⁴¹ L. VIDAL, *op. cit.*, p. 179. L. CLOUZOT, *préc.*, p. 942 : « quelle que soit la nature de l'évènement, il est primordial que ce dernier n'ait pu être prévu et qu'il ait déjoué toutes les prévisions que les parties avaient pu faire au moment de la conclusion du contrat. La notion d'imprévisibilité se trouve ainsi au centre de la démonstration, l'aléa survenu provoquant de par son ampleur, un bouleversement de l'économie du contrat ».

imposer une modification du contrat qui déjouerait ses propres prévisions. Le choix d'admettre ou non l'imprévision est alors un pur choix de politique juridique, car le respect des prévisions de l'un semble aussi impérieux que celui des prévisions de l'autre »¹⁵⁴². Nous pensons au contraire non seulement que la réponse à ce débat n'est pas une simple question de politique juridique, mais encore que la rénovation évoquée de la force obligatoire plaide pour un refus de principe de la théorie de l'imprévision dans son développement le plus extrême qui est la révision judiciaire, et pour une admission modérée de solutions qui apparaissent conformes au principe de prévisibilité contractuelle.

403. Délimitation des attentes légitimes – Posant l'hypothèse que la légitimité des attentes doit être trouvée dans ce qui était raisonnablement prévisible par chacune des parties, il convient de rechercher *les signes* qui ont pu fonder leurs prévisions au moment de la formation du contrat. Du côté du créancier, il est possible de faire valoir d'abord une attente légitime quant à l'intangibilité du contrat fondée sur le principe de force obligatoire¹⁵⁴³, et quant à l'exécution ponctuelle des stipulations, assise sur le principe de liberté contractuelle. En effet, et dans l'hypothèse évidemment où aucune clause de *hardship*¹⁵⁴⁴ n'aurait été stipulée, le créancier pouvait légitimement penser que son cocontractant, qui avait la liberté d'intégrer une telle réserve dans l'accord et n'a pas jugé utile de le faire, entend s'exécuter quels que soient les risques (à défaut il serait possible de lui opposer on incurie : *De non vigilantibus non curat praetor*)¹⁵⁴⁵.

Du côté du débiteur en difficulté cette fois, il est possible d'arguer du devoir de bonne foi qui s'impose au créancier durant l'exécution du contrat¹⁵⁴⁶, pour identifier une attente quant à une certaine coopération face à la survenance du risque. Ainsi à l'occasion du fameux arrêt *Huard*¹⁵⁴⁷, la Cour de cassation condamna sur le fondement du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat, une compagnie pétrolière qui n'avait pas accepté de modifier ses tarifs pour permettre à son distributeur de rester concurrentiel à la suite d'un changement dans le

¹⁵⁴² H. LECUYER, *op. cit.*, p. 657.

¹⁵⁴³ Cette attente doit être relativisée : elle doit en effet composer avec la prévision par la loi, connue par les parties, (sauf hypothèse de droit transitoire pour les contrats conclus avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016), de la possibilité d'une révision judiciaire telle que définie par l'article 1195 du Code civil.

¹⁵⁴⁴ Cf. *infra* n°539.

¹⁵⁴⁵ H. CAPITANT disait ainsi de la théorie de l'imprévision « qu'elle serait plus justement dénommée la thèse de l'imprévoyance » (*in*. « Le régime de la violation des contrats », *DH* 1934.1).

¹⁵⁴⁶ Article 1104 du Code civil.

¹⁵⁴⁷ Com. 3 novembre 1992, n°90-18547, Bull. IV, n°338 : *RTDCiv.*1993.124, obs. J. MESTRE ; *Deffrénois* 1993, article35663, n°131, obs. J-L AUBERT ; *JCP* 1993.II.22164, note G. VIRASSAMY. V. aussi, rendu sur le même fondement : Soc. 25 février 1992, n°89-41634 : *D.*1992.390, note M. DEFOSSEZ ; *JCP* 1992.I.3610, n°8, obs. D. GATUMEL ; *RTDCiv.*1992.762, obs. J. MESTRE, où l'employeur se trouve condamné pour ne pas avoir assuré l'adaptation des salariés à l'évolution de leurs emplois.

contexte économique. Le même fondement se retrouve dans le non moins fameux arrêt *Chevassus-Marche*¹⁵⁴⁸ dans le cas d'un mandat commercial, ou dans un arrêt de la cour de Nancy du 26 septembre 2007¹⁵⁴⁹. Certains auteurs ont également voulu voir un accueil de la théorie de l'imprévision dans une décision très commentée de la chambre commerciale du 29 juin 2010¹⁵⁵⁰ où la Cour reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché « comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution »...

Le bilan d'une recherche des prévisions des parties fait donc apparaître d'une part une attente légitime d'intangibilité des stipulations contractuelles, et d'autre part une attente légitime de coopération face aux difficultés comme déclinaison du devoir de bonne foi. Ces deux attentes ne nous semblent en rien contradictoires, et il convient à présent de les concilier...

B) La nécessité d'un traitement prévisible de l'imprévision

404. Le contrat au risque du juge... – La révision judiciaire pour imprévision ayant été consacrée par l'ordonnance du 10 février 2016, il nous semble qu'un paradoxe pourrait opportunément être relevé, qui a trait à la cohérence d'ensemble de la réforme. Celle-ci, en effet, a semblé porter une attention particulière à la sécurité juridique¹⁵⁵¹, « premier objectif poursuivi par l'ordonnance »¹⁵⁵². Or on a souvent justifié le refus de la théorie de l'imprévision par l'objectif de sécurité juridique¹⁵⁵³ : admettre la possibilité que puissent être remis en cause les engagements pris ce serait en effet ouvrir la porte des contrats à l'insécurité

¹⁵⁴⁸ Com. 24 novembre 1998, Bull. IV, n°277 : *JCP G* 1999.I.143, n°5, obs. C. JAMIN ; *idem*, II.10210, note Y PICOD ; *Defrénois* 1999, art.36953, n°16, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.*1999.98, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *idem*, p. 646, obs. P-Y GAUTIER.

¹⁵⁴⁹ Nancy, 26 septembre 2007 : *D.*2008.1120, note M. BOUTONNET ; *RDC* 2008.738, obs. D. MAZEAUD ; *idem*, p. 759, obs. S. CARVAL ; *JCP G* 2008.II.10091, note LAMOUREUX ; *RTDCiv.*2008.295, obs. B. FAGES.

¹⁵⁵⁰ Com.29 juin 2010, n°09-67369 : *RDC* 2011.34, obs. E. SAVAUX ; *D.*2010.2481, note D. MAZEAUD ; *idem*, p. 2485, note T. GENICON (très critique) ; *RTDCiv.*2010.782, obs. B. FAGES ; *Dr. et patr.* 2011, n°200, p. 68, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP G* 2011, n°126, note J. GHESTIN.

¹⁵⁵¹ Le *Rapport au Président de la République* exposait ainsi les objectifs de la réforme : il s'agissait « de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme [...] ».

¹⁵⁵² *Idem, ibid.*

¹⁵⁵³ V. not. sur ce point : J. FLOUR, J-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 428, n°410 (critique).

et *in fine* asseoir tout contrat de longue durée sur une volonté incertaine : un « oui, mais... »¹⁵⁵⁴ qui ruinerait toute confiance des contractants... L'intangibilité semblait être la meilleure garantie de la sécurité juridique¹⁵⁵⁵ : le refus de l'imprévision se justifierait ainsi principalement par « le souci de ne pas compromettre la sécurité des transactions [...]. Il y a, en effet, de sérieux inconvénients à admettre le principe même d'une révision des contrats. La sécurité des affaires s'y oppose, puisqu'elle a besoin de la stabilité des conventions. [...] le législateur et la jurisprudence ont pensé que la faculté de révision généralisée serait un danger ; sa seule présence pourrait susciter le procès, surtout en un temps où le besoin de respecter la parole donnée ne semble pas unanimement ressenti »¹⁵⁵⁶. L'on peut en outre considérer, à une échelle plus réduite, que l'admission d'une possibilité de remettre en cause la parole donnée en cas de survenance d'un imprévu reviendrait à faire jouer dans le contrat le risque contre lequel le mécanisme contractuel a vocation à maintenir la volonté arrêtée lors de sa formation, et donc à *transformer en risque juridique interne le risque simplement matériel qui affecte les circonstances extérieures du contrat*¹⁵⁵⁷.

Il nous semble pourtant nécessaire de se garder d'une vision par trop pessimiste de l'imprévision. L'insécurité juridique, au terme de sa définition même, *est l'hypothèse dans laquelle les parties n'ont pas la possibilité de prévoir la règle qui leur sera appliquée*. Dès lors, il ne nous semble pas inopportun d'admettre un principe d'adaptation du contrat en cas d'imprévision, *pourvu que les conditions et les modalités de celui-ci préservent les parties de cette insécurité en leur permettant au contraire de ne pas être surpris par l'adaptation du contrat*. L'insécurité tenant à l'imprévisibilité, une intégration de l'imprévision dans le principe de prévisibilité contractuelle devrait permettre d'envisager un processus d'adaptation du contrat respectueux des attentes légitimes des contractants.

¹⁵⁵⁴ Saint Thomas d'AQUIN à propos du *mensonge*, voit une excuse à celui qui ne tient pas ce qu'il a promis « si les personnes ou les affaires ont changé. Comme dit Sénèque, pour être obligé de tenir une promesse, il faut que rien n'ait changé ; autrement, on n'a pas été menteur en promettant, puisqu'on l'avait fait sous certaines conditions ; on n'est pas infidèle en ne tenant pas, puisque ces conditions n'existent plus. Ainsi Saint Paul n'avait-il pas menti lorsqu'il n'alla pas à Corinthe comme il l'avait promis (2 Co. 1, 15 s.), parce que des obstacles étaient survenus » (*Ila, Ilae*, q.110, article3).

¹⁵⁵⁵ G. CHANTEPIE, *op. cit.*, p. 441, n°522.

¹⁵⁵⁶ J-L MOURALIS, *op. cit.*, n°21. M. le Professeur BROUSSEAU, dans un article consacré à l'analyse économique du contrat soulignait ainsi qu' « il n'y a [...] pas lieu de revenir sur des engagements contractuels au motif qu'*a posteriori* on pourrait constater qu'ils ne correspondaient pas initialement à la volonté des parties. Le faire pourrait, tout au contraire avoir des conséquences désastreuses. D'une part, elle encouragerait l'irresponsabilité dans l'adhésion à des contrats. D'autre part, *elle ferait perdre toute crédibilité à des engagements qui sont avant tout des moyens de sécuriser la coordination ; cela empêcherait la réalisation de nombreuses transactions* » (préc., p. 161. Nous soulignons).

¹⁵⁵⁷ V. H. & L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°737 et 741, pour qui « le contrat est, bien souvent, un moyen pour une partie de se garantir contre les circonstances imprévisibles ».

405. Exclusion de principe de la révision judiciaire pour imprévision – L'on constate que la révision judiciaire du contrat, lorsqu'elle existe au sein de mécanismes classiques déjà évoquée, ne conduit jamais à créer une imprévisibilité au sein du contrat. Ainsi, lorsqu'il procède à la réfaction du contrat, le juge ne crée pas de risque imprévisible. L'attente légitime du contractant qui subit le manquement à l'obligation de délivrance consistait en effet à obtenir une correcte exécution de la part de l'autre justifiant le coût de celle-ci incarné par sa propre prestation. Or l'inexécution est un fait, et s'il reste à s'interroger sur la sanction adéquate de celle-ci, voire sur les mesures préventives à mettre en œuvre pour l'empêcher, *le fait est que ce n'est point la réduction par le juge de la contrepartie due qui trompe l'attente mais l'inexécution elle-même*. De ce point de vue, la révision n'emporte donc point par elle-même une atteinte illégitime aux prévisions initiales. Quant au contractant coupable de l'inexécution, il apparaît que la révision constitue bien un risque pesant certes sur sa propre attente (recevoir un certain prix en contrepartie de l'exécution de son obligation), mais il ne lui est pas possible de se prévaloir d'une attente *légitime* contre le risque de la modification du prix par le juge puisque *d'une part celle-ci a pour origine sa propre faute* (et l'adage *nemo auditur...* est ici appelé à jouer contre le contractant fautif qui n'est pas légitime à se plaindre des conséquences de sa propre faute), et d'autre part *ce risque n'était pas pour lui imprévisible puisque sa cause réside dans le comportement même de celui qui viendrait s'en plaindre, et qu'il avait ainsi la maîtrise de sa survenance...* Le phénomène de la réduction de certaines clauses par le juge pose sans doute une difficulté plus importante¹⁵⁵⁸. En cas de nullité partielle du contrat, le juge aura en effet la faculté de réduire la clause excessive, voire même de substituer une clause licite à la clause illicite¹⁵⁵⁹. Le phénomène de la réduction doit cependant s'analyser au vu d'une part du renvoi à la volonté contraire des parties érigée en borne du pouvoir du juge par la Cour de cassation¹⁵⁶⁰, et du fait que la réduction à laquelle procédera éventuellement le juge *consistera à ramener l'obligation au niveau autorisé par la loi*. Ainsi la réduction du loyer excessif prévue à l'article 35 de la loi du 1^{er} septembre 1948 s'effectue-t-elle en ramenant celui-ci à la valeur locative définie en vertu de la méthode objective de calcul exposée à l'article 27 de cette même loi. De même le taux d'intérêt usuraire (art. L 314-6 du code de la consommation) sera-t-il ramené au taux légal en vertu du mécanisme prévu à l'article L. 341-35 du code de la consommation. De même l'article 1660

¹⁵⁵⁸ D'autant qu'il se trouve fondé sur la notion d'*excès*, dont on sait qu'elle est un standard juridique qui fonde des intrusions judiciaires nombreuses et qu'il apparaît difficile de soumettre à un contrôle puisque la quantification de l'excès relève évidemment de l'appréciation souveraine des juges du fond...

¹⁵⁵⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 388.

¹⁵⁶⁰ Civ. 3, 22 juillet 1987, Bull. civ. III, n°151.

du Code civil prévoit-il la réduction à cinq années de la durée excessive d'une faculté de rachat (autrefois appelé pacte de réméré). Ou encore la durée d'une clause d'exclusivité, qui ne pourra excéder dix ans, au terme de l'article L 330-1 du code de commerce...

Dans les diverses hypothèses évoquées, le pouvoir du juge n'empiète donc pas réellement sur celui des contractants, *puisque'il ne fait que rétablir ce qui aurait dû être si ceux-ci en avaient fait un usage conforme au droit* : son objet n'est pas le temps et les affres de la durée, mais la justice dont il est, tous en conviennent, le garant.

Bien au contraire, dans le cas de l'imprévision, il est demandé au juge de défaire ce qu'avaient justement constitué les parties et qui se trouve perturbé par l'effet de la durée. *Dans le premier cas aucune atteinte n'est portée aux attentes légitimes des contractants, à la différence du second...* En outre de telles hypothèses ne mettent pas en jeu un risque extérieur au contrat qui s'y trouverait répercuté par le biais d'une clause, de l'intervention du juge, etc. mais bien plutôt *un risque qui trouve son siège dans le contrat lui-même* : dans une imperfection originelle de celui-ci. Dès lors force est de constater que les parties ne peuvent sérieusement se prévaloir d'une imprévisibilité de ce risque, dans la mesure où elles avaient toute faculté de l'éviter en se conformant *ab initio* à la législation en vigueur : l'application de la présomption *nullum censare ignorare legem* fait ici obstacle à l'invocation utile d'une attente raisonnable et légitime qu'il conviendrait de protéger.

406. Révision ? renégociation ? résiliation ? – Un premier élément de réponse dans le débat sur l'admission de l'imprévision consiste souvent à opposer les diverses techniques permettant de la prendre en compte, en opposant l'action du juge (révision ou résiliation judiciaire) à celle des parties (renégociation ou résiliation conventionnelle)¹⁵⁶¹. Ecartons d'emblée l'hypothèse de la résolution : soit que les parties la décident d'un commun accord ce qui ne semble poser aucun problème conceptuel, soit qu'elle soit ordonnée par le juge. Dans ce dernier cas il est possible de l'analyser en termes de sanction¹⁵⁶² : la partie qui bénéficie du changement de circonstances, dès lors qu'elle entend tirer profit de l'exploitation des difficultés fortuites de son cocontractant sans tenir compte des difficultés qu'elle rencontre, *manque à son obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat*¹⁵⁶³. Cette justification nous paraît être la plus convaincante, en ce qu'elle préserve le principe *Pacta sunt servanda* qui

¹⁵⁶¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 512 et s.

¹⁵⁶² Sur ce point V. not. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, Paris II, LGDJ, 2007, p. 126 et s. pour qui néanmoins cette explication par la « peine » n'est pas suffisante, même si « la résolution conserve en droit français, *entre autres*, une importante fonction pénale » (souligné par l'auteur).

¹⁵⁶³ N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 96.

demeure : il n'est pas possible de mettre fin au contrat, en l'absence d'un cas de force majeure, car les engagements doivent être tenus¹⁵⁶⁴.

Reste l'hypothèse de *l'adaptation*, dont la légitimité ne saurait être contestée lorsqu'elle est décidée d'un commun accord (renégociation conventionnelle du contrat), mais qui constitue la pierre d'achoppement théorique par rapport au principe de la force obligatoire des contrats lorsqu'elle est judiciaire.

407. Le recours nécessairement conventionnel à l'adaptation judiciaire – Il ne semble pas possible d'admettre que le juge s'immisce dans le contrat *contre la volonté des parties*, que ce soit en révisant lui-même le contrat, ou en ordonnant une renégociation. Ainsi que le soulignent des auteurs, « le juge a pour fonction de dire le droit, non pas de déterminer l'équilibre des relations contractuelles et d'en fixer la substance »¹⁵⁶⁵. Admettre par principe une telle intervention reviendrait à soumettre les prévisions des parties à un risque imprévisible, non point en son principe mais à tout le moins dans les conséquences sur le lien contractuel révisé¹⁵⁶⁶.

Le juge n'ayant pas *motu proprio* de légitimité à agir pour rétablir une soi-disant justice contractuelle qui aurait été rompue, *il ne peut en effet espérer puiser cette légitimité que dans des considérations subjectives*. Pourtant, le recours aux fondements habituellement invoqués ne s'avère pas satisfaisant. On ne peut, avec CARBONNIER, que récuser l'argument selon lequel en concluant le contrat, les parties entendraient se réserver la faculté de se désengager de ses conditions initiales : « Pourrait-on soutenir que la révision correspond à la volonté probable des intéressés ? Qu'ils ont dû subordonner implicitement leur contrat à la condition que les circonstances resteraient toujours les mêmes (ce que l'on a appelé la clause tacite *rebus sic stantibus*) ? Mais il est peu raisonnable de présumer une volonté d'instabilité sous

¹⁵⁶⁴ D. MAZEAUD, « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n°129, p. 4 et s., qui place sa réflexion à l'ombre de la devise d'académicien de feu Henri MAZEAUD : « *je maintiendrai* », citant l'apostrophe de NIBOYET : « les individus doivent souffrir pour leurs engagements, et au besoin disparaître s'ils sont insuffisants. C'est la loi de l'honneur qui le veut ainsi [...]. Tenir ! N'est-ce pas pour le contractant une formule qui sert l'intérêt social au moins autant que la trop libre révision du contrat ? Tant que le législateur, comme le chef responsable d'une armée, ordonne aux contractants de tenir, il y va de l'honneur de leur vie de ne pas faillir à leurs engagements quoi qu'il puisse leur en coûter » (« La révision des contrats par le juge – rapport général », *in. Rapports préparatoires à la semaine internationale de droit*, Société de législation comparée, p. 12).

¹⁵⁶⁵ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°411, p. 430.

¹⁵⁶⁶ V. l'analyse originale de G. CHANTEPIE, *op. cit.*, p. 212, n°313 et s.: « à la différence de la lésion, le problème essentiel posé par l'imprévision réside dans la connaissance par les parties de la position adoptée par le système juridique, quelle qu'elle soit. Cette position intangible permet ensuite aux contractants de fixer l'équilibre initial de leur contrat, et au juge de le contrôler selon que la révision est autorisée au non. *L'équilibre du contrat est donc réalisé en tenant compte de l'éventuelle révision du contrat au cours de son exécution*. [...] le choix opéré, par le droit positif ou par les parties, a des répercussions évidentes sur la teneur de l'équilibre initial ».

des engagements apparemment fermes »¹⁵⁶⁷. Par essence le contrat apparaît comme une volonté de stabilité dans l'instable : en prévoyant, il enferme *de facto* les possibilités que contient l'avenir – les risques – dans un certain nombre de limites à valeur d'engagement¹⁵⁶⁸ : les obligations. Il ne nous semble donc pas possible de penser pouvoir trouver dans cette direction une justification de principe à la théorie de l'imprévision : bien au contraire, cette analyse plaide plutôt pour un refus de principe de celle-ci, appuyée sur une présomption *simple* quant aux attentes des parties. Logiquement celles-ci doivent être plus dans le sens d'un maintien du lien nonobstant tous vents contraires, que dans son délitement¹⁵⁶⁹. Mais il ne faut pas exclure non plus la possibilité, dans la mesure où l'on présume une attente légitime des contractants dans la solidité du lien à partir de la nature même du lien juridique qu'ils ont entendu créer entre eux – un acte de prévision de l'avenir – que puisse être apportée la preuve contraire. Dès lors le principe de prévisibilité contractuelle apparaît comme pouvant être concilié avec une admission *à la marge* de la révision en cas d'imprévision, dès lors que serait apportée par celui qui s'en prévaut (*actori incumbit probatio*) la preuve d'une attente en ce sens des contractants au moment de la formation du contrat¹⁵⁷⁰. Mais *par principe* la révision judiciaire ne peut donc s'entendre que dans le sens d'un pouvoir d'adaptation délégué au juge par la convention des parties.

408. L'admission très subsidiaire de la révision dans l'ordonnance du 10 février 2016 –

Dans sa nouvelle rédaction, le Code civil emprunte néanmoins une autre voie, en admettant que le juge puisse procéder, *de sa propre décision*, à la révision du contrat. Certes, cette possibilité est prévue à *titre très subsidiaire* d'une part, et se trouve soumise *au constat de l'imprévisibilité du changement de circonstances* d'autre part. Pourtant, si cette dernière circonstance nous semble constituer une garantie satisfaisante au titre du principe de prévisibilité, *le caractère subsidiaire de l'adaptation par le juge demeure, lui, très critiquable dans la mesure où elle ne procède pas d'une volonté conjointe des parties*. L'article 1195 du Code civil dispose désormais que « si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas

¹⁵⁶⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadriges*, 1^{ère} éd., 2004, n°1060, p. 2173. V. aussi J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 428, n°408, qui expose le débat entre les tenants et les contempteurs du recours à la recherche d'une hypothétique volonté des parties en cette matière...

¹⁵⁶⁸ Un auteur soulignait ainsi que le principal obstacle à l'accueil de la théorie de l'imprévision en droit français était que « ce n'est pas l'équilibre qui compte, mais le rapport noué. Le droit français maintient toujours cette position de principe au nom de la sécurité juridique » (M. DUPRE, *Contribution à une théorie générale des contrats spéciaux : apports du principe de liberté contractuelle tempérée*, Toulouse, 2011, p. 432).

¹⁵⁶⁹ *Idem*, p. 437.

¹⁵⁷⁰ Cf. *infra* n°542.

accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

L'on remarquera d'abord que ledit processus apparaît comme donnant le primat à la renégociation conventionnelle, la révision judiciaire imposée à la demande d'une seule partie n'intervenant que dans un troisième temps, en cas de refus ou d'échec de la renégociation sollicitée par la partie qui subit le risque, lorsqu'est également refusée la résolution du contrat par celui qui en bénéficie alors même qu'il ne souhaite pas donner son accord pour que le juge procède à l'adaptation nécessaire. La situation ainsi esquissée renvoie évidemment au devoir qui pèse sur chacun des contractants d'exécuter le contrat de bonne foi : celui qui bénéficie du risque peut-il décemment se dire de bonne foi lorsqu'il entend profiter du poids supplémentaire que le hasard fait désormais peser sur autrui, en refusant à celui-ci non seulement de sortir du lien désormais nuisible, mais encore les moyens d'exécuter simplement sa part du contrat selon l'équilibre initialement arrêté ? La formulation du nouvel article 1195 du Code civil manifeste cette justification morale et ce renvoi à la loyauté contractuelle : le texte offre en effet aux parties divers moyens successifs pour faire face au risque réalisé ; *la révision judiciaire, venant en dernier, apparaît clairement comme la sanction du manque de coopération de la partie favorisée, plus que comme la manifestation d'un principe de faveur pour le contrat qu'on évoque parfois* : le juge est en effet libre de mettre fin au contrat ou de le réviser pour le maintenir... Mais quoi qu'il fasse, son action vient sanctionner une série d'échecs : refus d'une renégociation conventionnelle, refus de la résolution, et refus enfin d'un recours conjoint au juge.

409. Proposition de modification de l'article 1195 du Code civil alinéa 2 du Code civil – Il eût été préférable selon nous de s'en tenir à la première version du texte (celle du projet de réforme de 2015) qui, en cas d'échec des parties à s'accorder sur une délégation du pouvoir d'adaptation au juge, prévoyait seulement pour lui la possibilité de mettre fin au contrat, ce pouvoir de résolution judiciaire trouvant sa justification comme sanction du manquement à la bonne foi de celui qui entendrait profiter des difficultés fortuites de son cocontractant¹⁵⁷¹. Il

¹⁵⁷¹ Article 1196 du *Projet de réforme* de 2015.

semblerait donc opportun de modifier la formulation de l'article 1195 alinéa 2 en ce sens : « *En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ».

410. Relativisation de la portée de l'article 1195 du Code civil – Deux séries de considérations conduisent cependant à relativiser la portée prévisible de ce texte.

En premier lieu, imagine-t-on, à la suite d'une telle série de fins de non-recevoir, le juge prendre la peine d'adapter le contrat pour maintenir les parties, désormais opposées au contentieux, dans ses liens ? A vrai dire, il nous semble que cette révision judiciaire, dont on a fait l'un des épouvantails de la réforme, n'en est d'une part pas vraiment une – ou du moins est-elle une mise en œuvre très atténuée de la théorie de l'imprévision, puisqu'elle laisse le primat à l'adaptation conventionnelle – et qu'elle ne sera guère usitée en pratique – sauf pour le juge à faire une application idéologique du principe de faveur pour le contrat sans tenir compte des réalités humaines qui le sous-tendent.

En second lieu l'article 1195 est supplétif de volonté¹⁵⁷², et il appartiendra aux parties d'y faire échapper leur contrat en anticipant le processus de gestion du risque à travers une clause *ad hoc*. De ce point de vue, on peut considérer que cette disposition est salubre, car elle apparaît plus comme une mesure dissuasive ou incitative à une adaptation conventionnelle¹⁵⁷³ : il s'agit de responsabiliser les parties en les poussant à prévoir par elles-mêmes et à l'avance les modalités de gestion de la survenance en cours d'exécution du contrat d'un événement suffisamment perturbateur pour en rendre particulièrement difficile l'exécution, mais sans pour autant entrer dans les anticipations d'une clause de force majeure¹⁵⁷⁴. Les techniques contractuelles sont connues : clauses de *hardship*, d'échelle

¹⁵⁷² O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 384 et s.

¹⁵⁷³ N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 96 pour qui le dispositif « est une manière de mettre une certaine pression sur la partie bénéficiaire de l'exécution devenue plus onéreuse ». M. le Professeur GENICON notait ainsi voilà quelques années : « [...] *le seul véritable remède à l'imprévision étant la révision d'un commun accord*, le cas échéant sous la pression du juge. Aussi bien, s'il faut élaborer légalement un quelconque système, il doit d'abord être orienté vers une très forte incitation à « l'auto-révision ». Et, précisément, *dans cette perspective, la menace d'un anéantissement du contrat est peut-être la voie la plus efficace* car le message incitatif adressé au créancier est le suivant : « ou vous renégociez, ou vous perdez tout le contrat et vous trouvez contraint de vous remplacer au coût exorbitant du marché ». Autant faire alors quelque concession pour garder un contrat toujours avantageux plutôt que de le perdre entièrement et de devoir retrouver ailleurs un prix qui ne pourra vraisemblablement pas être aussi profitable que celui obtenu même après révision... » (T. GENICON, « Théorie de l'imprévision... ou de l'imprévoyance ? », D.2010.2485).

¹⁵⁷⁴ V. not. : F CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016, n°25-81.

mobile, etc.¹⁵⁷⁵ Il va de soi qu’au regard du principe de prévisibilité, ces techniques par lesquelles les parties anticipent elles-mêmes les modalités de gestion de la survenance d’un événement imprévu et imprévisible, constituent la solution la plus satisfaisante puisqu’elles intègrent de ce fait *ab initio* dans leurs attentes le risque encore éventuel.

411. Conclusion de la sous-section 2 relative à l’opposabilité des prévisions – La nature de l’attente légitime, dans laquelle certains voient l’instrument, souhaité ou redouté, d’un assouplissement de la force obligatoire dans un sens plus subjectif s’oppose en réalité à ce que l’on admette une régulation sur ce fondement du risque matériel. Etant un lien de droit né de la prévisibilité d’un comportement, l’attente légitime ne peut en effet être admise à jouer qu’à l’égard des seuls risques personnels, et ne saurait être opposable au cocontractant en cas de survenance d’un risque matériel. La régulation de celui-ci devra donc se faire dans le respect de l’exigence de prévisibilité contractuelle, et la confrontation des attentes légitimes de chacune des parties doit conduire notamment à refuser la révision judiciaire du contrat, ce pour quoi il semble opportun de proposer une modification de l’article 1195 alinéa 2 du Code civil pour retrouver les limites satisfaisantes tracées par le projet de 2015.

412. Conclusion de la section 2 relative à l’encadrement d’une refondation du principe de force obligatoire – Malgré les critiques qui lui sont souvent adressées, la notion d’attente légitime apparaît pouvoir constituer l’assise d’une éventuelle rénovation du principe de force obligatoire, à condition de fixer un cadre précis aux revendications dont elle pourrait être le support.

Quant au contenu de l’attente, deux règles apparaissent essentielles : d’une part le juge ne pourra accueillir la revendication d’une attente légitime *qu’une fois vérifiée l’existence de signes qui, au moment où l’attente s’est formée (qui n’est pas nécessairement la conclusion du contrat), permettaient au créancier d’anticiper raisonnablement un certain comportement et rendaient imprévisible le risque personnel réalisé* ; d’autre part *cette recherche de la prévisibilité doit se faire tant à l’égard du créancier (pouvait-il raisonnablement croire dans la prévisibilité du comportement du débiteur ?) que du débiteur (l’attente formée à son égard ne constitue-t-elle pas un risque imprévisible ?)*.

Quant à l’opposabilité de l’attente, il importe d’en délimiter précisément le champ : le lien de droit qu’elle constitue étant de nature obligationnelle il ne sera possible d’en revendiquer la

¹⁵⁷⁵ Cf. *infra*, Titre II.

satisfaction qu'à l'égard d'une personne juridique, excluant par-là la mise en œuvre de ce mécanisme dans le cas où le risque trouverait sa source dans un événement matériel.

413. Conclusion du chapitre 1 relatif à une limite théorique tenant à la définition du contrat – Le bilan critique d'une rénovation subjective du principe de force obligatoire apparaît contrasté. Le recours à la théorie de l'attente légitime suscite en effet de nombreuses réserves, mais aucune n'apparaît réellement rédhibitoire. Moyennant une délimitation stricte des présupposés théoriques et de la mise en œuvre de cette théorie, il semble possible d'y avoir recours. Certes le droit des contrats tel qu'il est aujourd'hui, malgré quelques évolutions, semble encore rétif à cette refondation. La question de son caractère opportun *de lege feranda* semble sortir des limites de notre sujet. Mais toujours est-il que dans l'hypothèse où elle aurait lieu, le principe de prévisibilité contractuelle que nous proposons apparaîtrait comme un élément efficace de pondération, en permettant d'en délimiter avec précision tout à la fois le contenu et les conditions d'opposabilité.

Chapitre 2 :

Limite technique tenant

à la source du risque

414. Une prévention légale du risque contrastée – Tout comme en ce qui concerne la fonction curative, l'étude des possibilités d'actions préventives du droit apparaît contrastée. Le droit ne peut en effet prétendre mettre en œuvre *qu'une prévention limitée du risque* en raison de la nature de l'instrument retenu, qui est la *règle de droit*.

Cela conduit à exclure *ab initio* toute régulation directe du risque impersonnel par une contrainte appliquée à sa source afin d'en prévenir l'apparition. Mais à l'égard du risque personnel il apparaît également que la mise en œuvre de la prévisibilité contractuelle est parfois susceptible de se heurter à des limites d'un autre genre, notamment lorsqu'il s'agit de prévenir un risque de nature normative. La source de celui-ci est certes dotée de la personnalité juridique puisqu'il s'agit de l'Etat dans sa fonction législative, de ses organes et des magistrats qui sont chargés d'interpréter et d'appliquer la règle légale. En cela il semble bien, sur le plan théorique, qu'une régulation préventive puisse être mise en œuvre à leur égard. Néanmoins, les spécificités propres à l'activité normative ainsi décrite limitent la possibilité d'une régulation efficace. A cet égard, la simple présence de la prévisibilité comme exigence latente dans le droit des contrats apparaît insatisfaisante car si l'on peut souhaiter que le législateur l'impose aux parties dans leur relation contractuelle par l'édition de règles en ce sens, ou que le juge oriente l'application de ces normes dans le sens d'une plus grande prévisibilité au bénéfice des parties (ce qu'il fit par exemple pendant longtemps en donnant au concept de bonne foi les développements qu'on lui connaît), rien ne peut en l'état actuel des choses les contraindre à se conformer eux-mêmes à ce principe *dans leurs propres*

interactions avec le contrat : il faudrait pour cela qu'un principe supérieur dans la hiérarchie des normes porte à leur égard cette même régulation¹⁵⁷⁶.

415. Spécificité du risque normatif par rapport aux autres risques personnels – La mise en œuvre d'un principe directeur de prévisibilité serait donc susceptible d'un certain nombre d'apports pour assurer la cohérence théorique de certaines solutions existantes et guider l'élaboration de solutions nouvelles. Il ne s'agira là néanmoins que d'applications ponctuelles et opportunes d'une orientation générale du droit à certains cas particuliers : en cela il serait présomptueux de prétendre que la consécration d'un tel principe serait de nature à renouveler la matière : à quelques exceptions près, il nous semble que, *sur le plan de la régulation légale du moins*, le seul mérite d'une telle intégration de l'exigence de prévisibilité dans la hiérarchie des normes serait, de constituer une structure théorique adéquate pour expliquer, justifier ou améliorer un certain nombre de règles qui, bien souvent, existent déjà dans le droit positif.

416. Annonce du plan – La différence sensible existant entre le risque personnel émanant des sujets de droit que sont les contractants et les tiers (**section 1**) et celui trouvant sa source dans l'activité normative (**section 2**) oblige donc à les distinguer pour mieux cerner les enjeux de la mise en œuvre d'une prévisibilité légale à leur égard.

Section 1 : La prévention du risque personnel

417. Introduction – L'exigence de prévisibilité contractuelle est d'ores et déjà à l'œuvre – et ce de longue date – dans le droit des contrats¹⁵⁷⁷. La question qui peut se poser est celle de l'intérêt qu'aurait *une intégration formelle* de cette exigence dans la hiérarchie des normes, au rang de principe directeur de la matière. Il nous semble que vis à vis de la mise en œuvre d'une régulation visant l'élimination des risques, cet intérêt serait limité dans la mesure où une régulation efficace de tels risques *a pu se mettre en place en l'absence d'un tel principe*.

Le recours à la notion de prévisibilité contractuelle – fut-ce en tant que simple exigence non formalisée comme principe – permet cependant de fonder une approche critique des mécanismes légaux visant à réduire l'imprévisibilité des comportements des contractants (**sous-section 1**), et de proposer une amélioration à la marge des mécanismes d'isolement du

¹⁵⁷⁶ A.-L. VALEMBOSIS, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du cons. constit.*, n°17, mars 2005.

¹⁵⁷⁷ Cf. première Partie.

contrat vis-à-vis des risques que représentent les interventions des tiers dans le mécanisme contractuel (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La réduction des incertitudes au sein du contrat

418. Une imprévisibilité qui perdure... – Si la réforme du droit des contrats a été l’occasion de renforcer l’encadrement du temps pendant lequel les parties se trouvaient soumises à une incertitude quant au devenir ou au contenu de leur relation contractuelle, il demeure malgré tout une certaine imprévisibilité critiquable, que ce soit en raison du critère systématiquement retenu du « délai raisonnable », ou du fait que le droit ait sciemment laissé perdurer certaines indéterminations telles que les facultés de rétraction.

La mise en œuvre d’une prévisibilité légale devrait plutôt conduire à ne pas remplacer l’incertitude du comportement par une incertitude du cadre juridique dans lequel on cherche à enfermer ce comportement, et donc à fixer dans des termes prévisibles le cadre juridique au sein duquel il convient de circonscrire l’existence de temps, parfois inévitables, marqué par une certaine incertitude.

Alors que la réforme a entendu encadrer dans le droit commun des contrats le temps dans lequel les contractants se trouvent soumis à une indétermination (§1), il semble regrettable que perdurent, notamment dans les droits spéciaux, des temps d’incertitude (§2).

§1 : L’encadrement des temps d’incertitude en droit commun

419. Un encadrement dynamique du risque – Nonobstant le principe de la force obligatoire des conventions, la conclusion du contrat n’est pas cet instant fondamental qui ferait entrer *ipso facto* les contractants dans le temps d’une certitude immédiate : l’acquisition d’une certitude n’est pas, en effet, tributaire de la naissance du contrat. Parfois celle-ci apparaîtra antérieurement à la naissance du contrat : ainsi par exemple la conclusion d’un avant-contrat tel qu’une promesse unilatérale, permet désormais d’assurer un avenir certain au bénéficiaire qui sait que la formation et l’exécution *du contrat promis* ne dépend plus que du seul exercice par lui du droit d’opter (article 1124 du Code civil¹⁵⁷⁸) : en cas de refus par le promettant de

¹⁵⁷⁸ Cette disposition de l’ordonnance du 10 février 2016 vient clore l’une des plus fameuses controverses doctrinales de ces dernières décennies : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 152.

s'exécuter, il sera possible de poursuivre la formation forcée du contrat¹⁵⁷⁹. La certitude quant à l'obtention de l'effet de droit recherché, sous réserve d'exercice du droit d'option, existe donc ici avant la formation du contrat.

Mais la conclusion du contrat ne coïncidera pas non plus nécessairement avec l'absence de toute incertitude : ainsi de la vente immobilière pour laquelle le contrat ne sera opposable aux tiers, qu'à compter de la publication de l'acte au service de la publicité foncière. A défaut d'accomplissement de cette formalité, et quoi que le contrat ait été valablement formé, l'acquéreur pourrait voir contester son droit par un acquéreur successif qui publierait son droit avant lui¹⁵⁸⁰. La passation de l'acte en la forme authentique¹⁵⁸¹ permet de sécuriser la jouissance du droit acquis en supprimant tout risque de remise en cause¹⁵⁸².

Dès lors, il apparaît que le principe de force obligatoire peine à assurer en tant que tel une régulation efficace du risque dans la relation contractuelle considérée en son ensemble. Au contraire, le recours à la notion de prévisibilité contractuelle permet de transcender la chronologie du contrat¹⁵⁸³ et se révèle donc apte à être le support d'une régulation dynamique du risque.

420. Annonce du plan – L'ordonnance du 10 février 2016 a manifestement entendu réguler la présence de risques personnels dans le contrat, en fixant les termes d'une période au-delà de laquelle l'incertitude des parties prend fin. L'instauration d'un double délai venant encadrer le jeu de l'offre et de l'acceptation apparaît néanmoins critiquable (A), d'autant que la généralisation du critère du « raisonnable » n'apparaît pas à même d'assurer une prévisibilité satisfaisante (B).

¹⁵⁷⁹ *Contra* (avant la réforme) : Civ. 3, 15 décembre 1993, Consorts Cruz, n°91-10199, Bull. civ. III, n°174, p. 115 : D.1994.507, note J. BENAC-SCHMIDT ; *Defrénois* 1994.795, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTDCiv.*1994.588, obs. J. MESTRE.

¹⁵⁸⁰ Article 30 du *décret du 4 janvier 1955*. L'article 1198 du Code civil a néanmoins généralisé, en matière immobilière comme en matière mobilière (cf. article 1141 ancien du Code civil), la condition de bonne foi dans les conflits d'acquéreurs successifs. V. B. DE BERTIER-LESTRADE, « Réforme du droit des contrats et consécration de la bonne foi dans les conflits d'acquéreurs de droits immobiliers », *RLDC* 2016.6235. L'auteur invoque notamment le « rôle préventif » joué par la bonne foi, qui « dissuade les contractants de méconnaître les droits contractuels d'autrui » (p. 13).

¹⁵⁸¹ Laquelle n'est pas exigée *ad validitatem*, mais seulement *ad probationem* : cf. F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°45, p. 49.

¹⁵⁸² Le même mécanisme se retrouve à des degrés divers dans nombre de contrats de vente : aggravé en matière de vente d'immeuble à construire où le formalisme est exigé *ad validitatem*, réduit en matière de vente de fonds de commerce où s'applique le système de la preuve morale propre à la matière commerciale, mais où la vente, quoi que consensuelle, devra néanmoins donner lieu à la publication de l'acte sous-seing privé qui la constate. Sur l'ensemble de ces hypothèses : F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op.cit.*, p. 48-49, n°45.

¹⁵⁸³ Cf. *supra* n°334.

A) L'imposition de nouveaux délais dans la formation des contrats entre absents

421. Consécration légale de délais d'irrévocabilité et de caducité de l'offre – L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré à l'encadrement du mécanisme de formation du contrat une partie *ad hoc* au sein du chapitre II qui traite de la formation du contrat : l'article 1116 alinéa 1 dispose que l'offre « ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable », tandis que l'article 1117 prévoit pour sa part que « l'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable ».

Cette clarification est, en soi, bienvenue. Pendant longtemps en effet le jeu de l'offre et de l'acceptation fut placé à l'ombre d'un principe général de liberté : l'offrant était libre de révoquer son offre tant que le destinataire ne l'avait pas acceptée¹⁵⁸⁴. Une telle situation d'incertitude quant à l'efficacité de l'acceptation – interviendra-t-elle à temps pour former le contrat ? – constituant une entrave certaine à une réflexion fructueuse du destinataire¹⁵⁸⁵, une certaine valeur juridique d'engagement¹⁵⁸⁶ fut progressivement reconnue à l'offre, malgré son caractère extracontractuel. Ainsi, à côté de quelques hypothèses légales¹⁵⁸⁷, la jurisprudence a progressivement imposé une obligation de maintenir l'offre pendant un certain délai, soit qu'il fut stipulé¹⁵⁸⁸, soit, à défaut, un *délai raisonnable*¹⁵⁸⁹ : « à défaut de délai, la jurisprudence

¹⁵⁸⁴ Cass. civ. 3 février 1919 : *DP* 1923.I.26. C'est la vision classique, héritée de POTHIER, pour qui « celui qui a fait une promesse peut s'en dédire tant que cette promesse n'a pas été acceptée par celui à qui elle a été faite, car il ne peut y avoir d'obligation sans un droit qu'acquiert la personne envers qui elle est contractée contre la personne obligée » (*in. Traité des obligations*, n°4).

¹⁵⁸⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2009, n°117.

¹⁵⁸⁶ Les explications théoriques sont diverses et l'on peut les ramener en une opposition binaire : d'un côté, l'analyse classique de l'offre comme fait juridique exige de caractériser une faute pouvant résider soit dans la révocation elle-même (RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil (d'après le traité de PLANIOL)*, t. II, *Obligations/droits réels*, LGDJ, 1957, n°329), soit dans la déclaration publique de l'offre qui ne correspondait pas à une volonté assez assurée (J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris, 1931), soit encore dans un abus du droit de révoquer qui crée indument un risque. Dans le second, on optera pour une analyse de l'offre assortie d'un délai en terme d'engagement unilatéral de volonté (DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 1869-1870, 4^e éd., n°63 et s.). Chacune de ces théories ayant pour défaut essentiel de ne pas réussir à expliquer l'ensemble des hypothèses pouvant se rencontrer, une troisième voie a consisté à récuser la définition unitaire de l'offre, au profit d'une distinction des offres en fonction de leur précision plus ou moins grande (J-L AUBERT, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970, spéc. n°256 et s. Sur cette théorie V. not. : J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°143 p. 133).

¹⁵⁸⁷ V. par. ex. : Article L. 312-18 (en matière d'offre de crédit), article L. 313-34, alinéa 1^{er} (en matière d'offre de crédit immobilier),...

¹⁵⁸⁸ Civ. 3, 10 mai 1968, Bull. civ. III, n°209 ; V. aussi : Civ. 1, 17 décembre 1958, *D.1959.33*. Solution constante, régulièrement réitérée en terme quasi identiques : Civ. 3, 7 mai 2008, Bull. civ.III, n°79 ; *D.2008.2969* obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTDCiv.* 2008.474, obs. B. FAGES.

¹⁵⁸⁹ V. par ex. : Civ. 3, 8 février 1968 (65-10600), Bull. civ. III, n°52 ; Civ. 3, 10 mai 1972 (71-11393), Bull. civ. III, n°297 ; Civ. 3, 20 mai 1992 (90-17647), Bull. civ. III, n°164. Pour une généralisation : Civ. 3, 20 mai 2009, Bull. civ. III, n°118 : *RDC* 2009.1325, obs. Y-M LAITHIER.

s'efforce par souci de prévisibilité d'obliger le pollicitant à maintenir son offre pendant un délai raisonnable »¹⁵⁹⁰.

Ce délai d'*irrévocabilité* protégeant le destinataire semble bien s'être également doublé d'un délai de *validité* au terme duquel l'offre devient caduque en raison de l'écoulement du temps¹⁵⁹¹ : « il est aisé de voir en quoi le délai d'irrévocabilité, se distingue du délai de validité : le premier est un délai au terme duquel l'offrant peut se désengager, le second un délai au terme duquel le droit met fin à l'offre sans que l'offrant n'ait à la révoquer »¹⁵⁹². La caducité de l'offre intervenant soit au terme du délai stipulé¹⁵⁹³ soit au terme d'un délai raisonnable¹⁵⁹⁴, elle vient protéger *le pollicitant* en assurant la prévisibilité de son engagement¹⁵⁹⁵, alors que l'irrévocabilité est au contraire *une sécurité pour le destinataire*.

¹⁵⁹⁰ S. AMRANI-MEKKI, B. FAUVARQUE-COSSON, obs. sous Civ.3, 25 mai 2005, D.2005.2836. Ces auteurs notent en effet que « le moment où l'offre rencontre une acceptation manque de clarté et s'avère de moins en moins prévisible. En imposant le maintien d'une offre dépourvue de délai exprès pendant un délai raisonnable, les juges contribuent à sécuriser la période de rencontre des volontés ».

¹⁵⁹¹ Il semble en effet nécessaire de relire ce fameux arrêt du 20 mai 2009 (préc.) qui a pour la première fois généralisé l'exigence d'un délai raisonnable. Dans cette affaire, une collectivité territoriale avait adressé une offre de rétrocession à l'ancien propriétaire d'un terrain qu'elle souhaitait revendre. Le destinataire de l'offre ayant manifesté son accord plus de six ans après son émission, l'offrant lui opposa la caducité de l'offre, eu égard au caractère tardif de l'acceptation. La demande en réalisation forcée de la vente fut pourtant accueillie par la cour d'appel au motif de l'absence de délai attaché à l'offre. Les juges du droit vont ici réformer la décision, en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir recherché « si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis... ». Ainsi, contrairement à celui stipulé par l'offrant, le délai raisonnable que la jurisprudence fixe ici conduit à *rejeter l'acceptation tardive*, et *in fine* à assurer la protection de l'offrant (Cf. C. GRIMALDI, « La durée de l'offre », D.2013.2871, n°4). L'exigence d'un délai raisonnable en cas d'offre dépourvue de délai stipulé a donc manifestement été voulue à l'origine par la jurisprudence *comme une protection de l'offrant contre l'acceptation tardive du destinataire de l'offre*, en vue d'assurer la prévisibilité de sa situation. Une ancienne décision de la cour de Paris est éclairante : « l'offre de vente faite par correspondance, alors même qu'elle ne porte indication d'aucun délai pour l'acceptation ou le refus, *n'engage pas son auteur au-delà du temps nécessaire* pour que celui à qui elle a été adressée examine la proposition et y réponde » (Paris, 12 juin 1869, DP 70.2.6). De même, un arrêt de la cour de Bordeaux : « d'après les usages constants de la place de Bordeaux, et surtout à l'époque des vendanges où les propriétaires ont le plus grand intérêt à conserver la libre disposition de leurs récoltes pour répondre aux offres qui leur sont faites, il est certain que les propositions non acceptées dans un bref délai *ne peuvent lier indéfiniment les détenteurs de vins et les mettre à la discrétion des acheteurs* qui spéculeraient sur les variations de cours. Suivant les documents produits émanant des personnes les plus autorisées, le délai entre les propositions et leur acceptation ne doit pas dépasser vingt-quatre heures » (Bordeaux, 29 janv. 1891, DP 92.2.390). Le destinataire doit donc pouvoir accepter l'offre dans l'espace de certitude qui lui est offert par l'offrant (délai d'irrévocabilité), mais celui-ci sait pouvoir être libéré de son engagement au-delà d'un délai « raisonnable » dans lequel l'acceptation ne serait pas intervenue (délai de validité). L'objectif assigné à l'un est donc l'exact inverse du but poursuivi par l'autre : le droit assure le respect du délai stipulé pour permettre la prévisibilité de la situation du destinataire, et il impose l'acceptation dans un délai raisonnable pour permettre la prévisibilité de celle du pollicitant (V. par ex. : article 2:206 (2) P.D.E.C : « si aucun délai n'a été fixé par l'offrant, l'acceptation doit lui parvenir dans un délai raisonnable »).

¹⁵⁹² C. GRIMALDI, préc., n°6.

¹⁵⁹³ Qui est parfois obligatoire : V. par ex. : article L. 121-18 du code de la consommation.

¹⁵⁹⁴ V. not. Civ.3, 20 mai 1992, n°90-17647, Bull. Civ. III, n°164 : « après avoir [...] constaté que Mme Y... ne lui avait fourni aucune réponse dans un délai raisonnable et n'avait pas davantage réagi à une lettre du fils de M. X... réitérant l'offre, mais à un prix plus élevé, la cour d'appel, [...] a pu décider que l'offre de M. X... était caduque ».

¹⁵⁹⁵ C. LARROUMET, *Droit civil, t.3, Les obligations, le contrat, 1^{ère} partie : Conditions de formation*, 8e éd., 2016, Economica, p. 64, n°81.

Ces deux délais peuvent évidemment être prévus par le pollicitant, sous réserve de certains impératifs logiques¹⁵⁹⁶, mais le plus souvent la validité et l'irrévocabilité de l'offre se confondaient dans une seule et même durée¹⁵⁹⁷ : « en pratique, la fixation expresse d'un délai d'irrévocabilité différent du délai de validité est extrêmement rare et la jurisprudence raisonne donc à partir du seul délai qui a pu être fixé par l'offrant : le délai de validité »¹⁵⁹⁸. Si le destinataire est donc tenu de répondre dans le délai fixé, l'offrant pour sa part se voit obligé de maintenir son offre pour le même temps, ce qui est désormais consacré aux articles 1116 et 1117 du Code civil qui semblent renvoyer au même délai (« fixé par son auteur [de l'offre] ») tant pour l'irrévocabilité (article 1116) que pour la caducité (article 1117), la généralité de la formule permettant évidemment l'hypothèse d'une stipulation expresse par l'auteur de l'offre de deux délais différents¹⁵⁹⁹. A défaut, la loi prévoit désormais un délai raisonnable d'irrévocabilité et de caducité.

La nouvelle législation semble donc au premier abord parvenir à un équilibre satisfaisant : « l'objectif est de concilier les intérêts en présence de façon à ce que, d'un côté, l'offrant ne se trouve pas lié par un contrat après l'écoulement d'un délai anormalement long, et d'un autre côté, le destinataire de l'offre dispose d'un délai suffisant pour prendre pleinement connaissance de l'offre, bénéficier d'un temps de réflexion minimal et être en mesure de répondre à l'offre »¹⁶⁰⁰. Cette mesure apparaît néanmoins critiquable au vu de l'objectif poursuivi qui est la prévisibilité de la situation de chacune des parties dans la mesure où, contrairement à l'acceptation tardive, il ne semble pas que la rétractation de l'offre en l'absence de délai stipulé constitue *systématiquement* un risque imprévisible...

422. L'attente légitime du destinataire de l'offre – En ce qui concerne le destinataire de l'offre, l'analyse développée en son temps par MARTIN DE LA MOUTTE semble convaincante, pour qui, si la révocation demeure de droit, elle peut néanmoins être abusive lorsqu'elle contribue à créer un risque illégitime pour le *destinataire qui avait légitimement cru à l'offre qui lui était faite* : « par sa révocation sans doute parfaitement licite, [l'offrant] détruit, en

¹⁵⁹⁶ Ainsi M. le Professeur GRIMALDI souligne que le délai d'irrévocabilité ne peut être qu'inférieur ou égal au délai de validité, la révocation d'une offre devenue caduque ne se concevant pas (préc., n°6).

¹⁵⁹⁷ Les dispositions en vigueur en matière d'offres sous forme électroniques, envisagent néanmoins une distinction éclairante des deux délais : « sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait » (article 1369-4 du Code civil). Le délai de validité de l'offre est ici distingué de son délai d'irrévocabilité, le droit imposant celui-ci au pollicitant, tout en le laissant libre de décider de celui-là.

¹⁵⁹⁸ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 128, note 3.

¹⁵⁹⁹ V. sur ce point : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁰⁰ Y-M LAITHIER, note sous Civ. 3, 20 mai 2009, n°08-13230 : *RDC* 2009.1325. V. aussi : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 111.

considération de son seul intérêt personnel, une situation qu'il avait lui-même créée, et qui intéressait également autrui. Dans de telles conditions la position du destinataire ne pouvait être indifférente au droit ». Pour cet auteur, l'abus du droit de révoquer résiderait dans la destruction d'une apparence, c'est-à-dire *dans la réalisation d'un risque créant une perturbation imprévisible de ce qui était légitimement anticipé par le destinataire*. Il y aurait donc finalement, une fois l'offre reçue¹⁶⁰¹, une attente du destinataire¹⁶⁰² quant au pouvoir qu'il détient de provoquer la naissance du contrat dans un certain laps de temps. Encore est-il nécessaire d'apprécier rigoureusement les critères de la légitimité de l'attente, en fonction des diverses situations pouvant se présenter...

Dans le cas où un seul délai a été expressément stipulé sans autre précision par l'offrant¹⁶⁰³, il semble qu'il convienne que celui-ci porte, outre validité de l'offre, engagement de l'offrant de la maintenir jusqu'à son terme¹⁶⁰⁴. L'irrévocabilité et la caducité se confondent : le destinataire sait en effet que l'efficacité de son acceptation pour former le contrat s'étend dans le laps de temps expressément défini, et que son acceptation ne pourra se voir privée d'effet par un subit revirement de volonté du pollicitant tenu d'une obligation de maintien pendant le temps mentionné. Dans l'hypothèse en revanche où l'offre ne se trouve assortie d'aucun délai exprès, la considération des attentes du destinataire qui doit fonder la régulation du risque oblige à rechercher si un délai quoi que n'ayant pas été énoncé expressément par le destinataire, ne serait pas contenu *implicitement* dans l'offre¹⁶⁰⁵ ou et si les circonstances n'auraient pas fait naître chez l'autre partie une attente raisonnable quant au maintien de la volonté du pollicitant pendant un certain temps. De telles dispositions se retrouvent notamment à l'article 2 :202 des *Principes du droit européen des contrats* : « la révocation [de l'offre] est cependant sans effet : [...] si son destinataire était raisonnablement fondé à la considérer comme irrévocable et s'il a agi en conséquence »¹⁶⁰⁶. De la même façon la *Convention de Vienne* prévoit qu'« une offre ne peut être révoquée : [...] b) S'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en

¹⁶⁰¹ C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 64, n°81.

¹⁶⁰² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 142 : « l'offre fait naître dans l'esprit du destinataire, spécialement lorsqu'elle est adressée à personne déterminée et assortie d'un délai, *une attente légitime*, l'espoir d'un contrat que déçoit son retrait prématuré. Le besoin de sécurité inhérent aux relations d'affaires exige que l'on ne trompe pas la confiance légitime du correspondant ».

¹⁶⁰³ Dans l'hypothèse où l'offrant a assorti son offre d'un délai d'irrévocabilité et d'un délai de caducité le problème ne se pose pas : le destinataire connaît précisément l'étendue de son pouvoir et ne peut invoquer aucune attente légitime en sens contraire.

¹⁶⁰⁴ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 130.

¹⁶⁰⁵ Cass. civ. 17 décembre 1958 ; D.1959.33 ; RTDCiv. 1959.336 obs. J. CARBONNIER.

¹⁶⁰⁶ V. aussi l'article 2-4 des *Principes UNIDROIT*, qui reprend cette disposition dans les mêmes termes.

conséquence »¹⁶⁰⁷. Rien n'interdit donc *a priori* de considérer qu'en l'absence de délai expressément prévu par le pollicitant, un délai *raisonnable* d'irrévocabilité implicite puisse être *ponctuellement* recherché dans les circonstances entourant l'émission de l'offre. Il conviendra néanmoins, pour celui qui s'en prévaut, d'en rapporter la preuve en invoquant par exemple les usages en vigueur¹⁶⁰⁸ ou les pratiques antérieures lors d'une relation suivie.

*A défaut de tels éléments susceptibles de fonder une telle attente la liberté de révoquer l'offre devrait au contraire prévaloir*¹⁶⁰⁹. En effet, si le revirement de volonté du pollicitant, alors même qu'il avait assorti son offre d'un délai, est bien la réalisation d'un risque imprévisible pour le destinataire qui avait raisonnablement toutes les raisons de croire dans le maintien de l'offre durant le temps imparti, à l'inverse, dans le cas où aucun délai n'est expressément stipulé, et où aucun signe raisonnable d'anticipation ne permettait d'asseoir une telle croyance, « le destinataire ne saurait se plaindre d'une surprise, *la précarité des offres est une donnée de psychologie courante*. [...] L'offrant reste donc libre, en principe, de chercher d'autres amateurs pendant le délai »¹⁶¹⁰. D'un simple point de vue psychologique, le destinataire doit se douter *que si l'offrant, qui en avait pourtant la possibilité, n'a pas souhaité encadrer son offre dans le temps, c'est donc qu'il entendait se lier moins*. Implicitement, dire « je vous propose ceci, vous avez tant de mois pour accepter », sous-entend une forme d'exclusivité de principe, dont on ne peut se prévaloir, au moins sur un plan psychologique, lorsqu'une offre est présentée sans autre spécification.

423. Proposition de modification de l'article 1116 alinéa 1 du Code civil – Il nous semble donc opportun de proposer que soit modifié l'article 1116 alinéa 1 du Code civil comme suit : « Elle [l'offre] ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable *en tenant compte soit de l'usage soit des relations antérieures ou en cours des parties* ».

424. Difficulté posée par l'article 1121 du Code civil – Une telle modification semble néanmoins difficilement conciliable avec la règle désormais fixée à l'article 1121 selon

¹⁶⁰⁷ Article 16-2 C.V.I.M.

¹⁶⁰⁸ Com. 9 janvier 1956, Bull. civ. III, n°17 : « en sa qualité de commissionnaire à la Bourse de Paris, X ne pouvait ignorer l'usage selon lequel le fait pour un professionnel, après avoir reçu une commande écrite, de ne pas y répondre télégraphiquement dans les vingt-quatre heures équivaut à une ratification tacite de la commande ».

¹⁶⁰⁹ Cass. civ. 3 février 1919, *DP* 1923.1.126 ; Civ. 3, 7 mai 2008 (n°07-11690), Bull. civ. III, n°79 : *D.2008.1480*, obs. G. FOREST ; *idem.*, p. 2969, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTDCiv.2008.474*, obs. B. FAGES. Cf. C. GRIMALDI, préc., n°6.

¹⁶¹⁰ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°944. Nous soulignons.

laquelle « le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue », soit l'adoption expresse par le droit de la théorie de la réception au lieu de celle de l'émission¹⁶¹¹ vers laquelle semblait plutôt¹⁶¹² pencher la jurisprudence antérieure¹⁶¹³, nonobstant certaines dispositions contraires¹⁶¹⁴. Des auteurs relèvent que « symboliquement, le choix de cette théorie a du sens. L'acceptation est la main qui va venir serrer celle qui a été tendue. Il n'est donc pas incohérent de fixer la date de conclusion du contrat au moment où les mains se touchent, c'est-à-dire lorsque l'acceptation sera parvenue à l'offrant »¹⁶¹⁵. Le choix de l'un ou l'autre de ces systèmes est en réalité une question de pure politique juridique tant les arguments peuvent s'entendre d'un côté et de l'autre. Certes la théorie de la réception apparaît plus en phase avec la plupart des autres systèmes juridiques, notamment les règles issues de la *Convention de Vienne*, des *Principes européens du droit des contrats*, ou encore des *Principes UNIDROIT*. Certes il est possible de considérer qu'elle emporte un effet positif sur la sécurité juridique de l'offrant qui ne saurait ainsi se trouver lié sans le savoir¹⁶¹⁶. L'on objectera pourtant qu'elle n'est pas exempte d'inconvénients sur le plan de la prévisibilité¹⁶¹⁷, notamment en ce qu'elle ouvre au pollicitant la possibilité de révoquer son offre tant que l'acceptation ne lui est pas parvenue, alors même que l'acceptant s'est déterminé en fonction de la première offre, et qu'à l'inverse la théorie de l'émission possède d'indéniables vertus, notamment en matière probatoire lorsqu'il s'agit de contrats conclus en ligne¹⁶¹⁸... Quoi qu'il en soit de ces arguments, il apparaît que dans l'optique de la modification proposée de l'article 1117 alinéa 1 du Code civil, la situation du destinataire de l'offre se trouverait en proie à une trop grande incertitude dans l'hypothèse où l'irrévocabilité de l'offre ne se trouverait garantie ni par un délai stipulé ni par un délai raisonnable fondé sur l'usage ou l'existence d'une relation contractuelle antérieure ou en cours. Dès lors, l'adoption de la théorie de l'émission semblerait plus sécurisante, et pour des questions de facilité probatoire on tiendra habituellement compte non de la simple *déclaration*

¹⁶¹¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 132.

¹⁶¹² Malgré certaines solutions en sens inverse: V. en particulier : Civ. 3, 17 septembre 2014, n°13-21824, Bull. civ. III, n°108 ; Civ. 3, 16 juin 2011, n°09-72679 : D.2011.2260, note N. DISSAUX.

¹⁶¹³ C. LARROUMET, *op. cit.*, n°287, p. 250 et s.

¹⁶¹⁴ La chose est évidente en matière de donation, acte risqué s'il en est, en raison de la dépossession gratuite qu'il opère : l'article 932 alinéa 2 du Code civil dispose ainsi qu'elle n'a d'effet à l'égard du donateur qu'au jour où l'acceptation lui a été signifiée. A l'inverse : article 1984 du Code civil en matière de mandat.

¹⁶¹⁵ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, p. 193.

¹⁶¹⁶ *Idem*, p. 194.

¹⁶¹⁷ Elle laisse par exemple pendante jusqu'à réception de l'acceptation la question de la loi applicable au contrat, laisse également plus longtemps les risques à la charge du vendeur (le temps que l'acceptation lui parvienne) : cf. C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 249.

¹⁶¹⁸ L. GRYNBAUM, « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'acceptation », D.2003.1706.

mais de l'*expédition* de celle-ci pour déterminer la date de formation du contrat, sauf preuve contraire¹⁶¹⁹.

425. Proposition de modification de l'article 1121 du Code civil – L'article 1121 du Code civil pourrait donc être modifié en ce sens : « Le contrat est conclu *dès que le destinataire de l'offre l'a acceptée. Il lui appartient de rapporter la preuve de la date de son acceptation. Le contrat est réputé conclu au lieu où l'acceptation est émise.* ».

426. L'attente légitime du pollicitant – Contrairement au destinataire, l'offrant apparemment n'attendrait¹⁶²⁰ rien puisqu'il sait dès l'origine qu'une fois l'offre émise il se trouve soumis au pouvoir de l'autre partie *qui seule peut former le contrat par son acceptation*. Pourtant, il est possible de considérer qu'une fois l'offre émise, le pollicitant peut croire légitimement qu'il ne se trouvera pas tenu de rester soumis à l'incertitude de sa situation au-delà d'un certain temps¹⁶²¹ : le destinataire a certes le droit d'exercer son pouvoir de formation du contrat, mais il demeure tenu de le faire en « individu raisonnable ». Il peut donc y avoir un abus du droit d'accepter *dans la négligence du destinataire à donner une réponse avec la promptitude que l'offrant était en droit d'attendre* (qu'il s'agisse d'une acceptation, d'une contreproposition ou d'un refus sec). Il semble donc nécessaire de prévoir, en l'absence de stipulation expresse en ce sens, *un délai au terme duquel l'offre deviendrait caduque, libérant de cette façon le pollicitant*¹⁶²². Sur ce point l'article 1117 alinéa 1 du Code civil constitue certes une avancée, mais l'alternative qu'il offre n'est pas satisfaisante dans la mesure où la systématisation de la détermination de ce délai par référence au standard du *raisonnable* apparaît marquée du sceau de l'imprévisibilité...

B) L'imprévisibilité du « délai raisonnable »

427. Le « raisonnable » dans l'ordonnance du 10 février 2016 – La réforme du droit des contrats a été l'occasion d'une introduction massive de la référence au standard du « raisonnable » dans le Code civil. On n'en trouve pas moins de quinze occurrences dans les nouveaux textes pour à peine trois dans l'ancien droit (anciens articles 1112, 1137 et 1374), et

¹⁶¹⁹ V. pour un commentaire critique des textes du projet de 2015 : T. GENICON, « Articles 1115, 1118 et 1119, 1122 : à propos de la date d'effet de la rétractation et de la caducité des manifestations de volonté (offre et acceptation) », *RDC* 2015.740, spéc. n°3.

¹⁶²⁰ D. MAZEAUD, « Délai raisonnable d'acceptation », *RDC* 2006.311.

¹⁶²¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶²² Civ. 3, 10 mai 1972 (71-11393), *Bull. civ.* III, n°297.

encore s'agissait-il alors exclusivement de qualifier *une personne*, de façon à la faire entrer dans une catégorie normalisée assimilable à ce que recouvrait l'ancien standard du bon père de famille. Dans la nouvelle codification le standard du « raisonnable » qualifie tout aussi bien une personne (articles 1188, 1197, 1301-1) ou la perception subjective d'un état de fait (articles 1218 et 1245-3) qu'une durée. Dans ce dernier sens on trouve neuf occurrences où le législateur pose un délai dont il renvoi la quantification à l'appréciation judiciaire du « raisonnable ». Ce constat conduit à relever un paradoxe avec l'objectif de sécurité juridique affiché par le *Rapport au Président de la République* : « la compréhension de nombreuses dispositions passe ainsi nécessairement par la consultation des décisions rendues par les tribunaux, voire par l'interprétation qu'en fait la doctrine. Par ailleurs, la jurisprudence est par essence fluctuante, et ne permet pas d'assurer la sécurité juridique que seul peut offrir un droit écrit ». Or en prétendant encadrer les temps inévitables d'incertitude auxquels se trouvent soumis les contractants par un renvoi à l'appréciation judiciaire – donc fluctuante et indéterminable *a priori* – de la quantification de ce temps, il semble au contraire que la prévisibilité des solutions se trouve compromise : « ce critère n'en est pas un qui ne propose aucune directive à l'interprète. Il n'est donc rien d'autre en pratique qu'une "délégation" de la loi qui s'en remet à la sagesse du magistrat. Ultimement, le délai raisonnable est donc un délai judiciairement fixé et relevant pour cette raison d'une appréciation objective »¹⁶²³.

428. Recherche d'une prévisibilité du raisonnable – Encore est-il nécessaire de distinguer les situations : la détermination du raisonnable ne sera en effet une source de risque imprévisible qu'à la condition que les critères en fonction desquels le juge se déterminera n'aient pas été à la portée des anticipations de celui à qui on l'oppose. Or ce ne sera semble-t-il pas le cas lorsque le temps d'incertitude qui se trouve ainsi encadré intervient dans une relation préexistante¹⁶²⁴...

429. Pour un délai légal subsidiaire de caducité – En ce qui concerne le délai de caducité de l'offre, il semble bien en effet que des signes puissent fonder une anticipation prévisible du temps nécessaire pour obtenir une réponse du destinataire de l'offre : soit le temps que l'offrant a lui-même imparti – et il fixe alors lui-même la période pendant laquelle il se

¹⁶²³ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 103.

¹⁶²⁴ Ainsi du délai raisonnable mentionné par l'article 1195 du Code civil pour décider de l'adaptation conventionnelle ou judiciaire du contrat ; du délai raisonnable de préavis pour mettre fin au contrat à durée indéterminée de l'article 1211 du Code civil ; du délai raisonnable de mise en demeure de s'exécuter prévu par les articles 1226 et 1231 ; de celui de l'article 1307-1 relatif à l'obligation alternative.

soumet à une incertitude – soit un délai raisonnable qui devra être apprécié en fonction des « signes » d'anticipation qu'il est possible de trouver dans les éléments dont dispose l'offrant au moment où il émet l'offre : usages¹⁶²⁵, existence d'une relation contractuelle antérieure ou en cours¹⁶²⁶. A défaut il semble critiquable de renvoyer systématiquement à un délai raisonnable, car en l'absence de tels éléments d'anticipation à la portée du pollicitant, le délai raisonnable ne sera rien d'autre que celui *que le juge estimera raisonnable*. Il semblerait donc plus pertinent que la loi impose elle-même, en dernier recours, *un délai légal de caducité de l'offre*, en tenant compte par exemple d'éléments qui interviennent généralement dans la prise de décision du destinataire tels que la durée nécessaire pour l'obtention d'une offre de crédit¹⁶²⁷.

430. Proposition de modification de l'article 1117 alinéa 1 du Code civil – Il semblerait donc opportun de modifier la rédaction de l'article 1117 alinéa 1 du Code civil comme suit : « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable *en tenant compte soit de l'usage soit des relations antérieures ou en cours des parties. A défaut elle est caduque à l'issue d'un délai d'un mois* ». Il y aurait certes là une part d'arbitraire, mais de façon paradoxale, cet arbitraire connu car fixé dans les termes de la loi, servirait mieux la prévisibilité que la trop grande flexibilité de la décision du juge... En outre le procédé ne pourrait se voir reprocher sa nouveauté : l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 a en effet procédé de la sorte lorsqu'elle a modifié l'article 1648 du Code civil qui disposait antérieurement que « l'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur, *dans un bref délai*, suivant la nature des vices rédhibitoires, et l'usage du lieu où la vente a été faite » pour enfermer l'action « dans un délai de *deux ans* à compter de la découverte du vice ». Ainsi que le remarque un auteur : « même si le délai demeure court, il présente l'avantage d'être clair, ce que n'était pas, et c'est peu de le dire, l'ancien bref délai...La sécurité juridique s'en trouve donc accrue [...] »¹⁶²⁸. Une solution similaire a pu

¹⁶²⁵ L'on pense par exemple aux sites de vente en ligne où la multiplication des acquéreurs potentiels du bien ou du service proposé exige une réactivité plus grande à l'offre émise que lorsqu'il s'agissait de répondre aux traditionnelles petites annonces de la presse papier...

¹⁶²⁶ Ainsi, dans une affaire où une société immobilière avait accepté tardivement (près de dix mois après son émission) une offre d'achat faite par un particulier, la Cour a pu approuver les juges du second degré d'avoir jugé l'acceptation inefficace car tardive au motif notamment « qu'en raison de la cadence rapide à laquelle les parties échangeaient habituellement leur correspondance X... *ne pouvait raisonnablement prévoir* que le gérant de la société civile immobilière ne répondrait qu'après un délai de dix mois à la lettre contenant ses dernières prétentions, bien qu'il eut précisé attendre une prompte réponse... » (Civ.3, 10 mai 1972, n°71-11393, Bull. civ. III, n°297. Nous soulignons).

¹⁶²⁷ Qui s'établit en moyenne selon les établissements bancaires entre deux semaines et un mois.

¹⁶²⁸ J. JULIEN, *op. cit.*, n°315, p. 422.

être proposée d'ailleurs en ce qui concerne le délai de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence¹⁶²⁹.

§2 : La persistance de temps d'incertitude dans les droits spéciaux

431. *Prévisibilité en deçà, certitude au-delà* – Parfois le droit va, à l'inverse, laisser perdurer une incertitude pendant un certain temps, à l'issue duquel le risque disparaîtra purement et simplement. C'est le cas notamment de la législation consumériste, qui ménage certains droits de rétractation au profit du consommateur. L'on est alors à la limite des deux systèmes de régulation décrits : si le temps qui s'ouvrira une fois le délai expiré sera un temps de certitude, la période qui le précède laisse au contraire courir un risque de nature personnelle.

Pourtant, parce que le contrat a été conclu, une attente quant au caractère obligatoire de l'accord a pu naître et certains aménagements des dispositifs actuels doivent en conséquence être proposés afin de responsabiliser le consommateur (A) car non seulement cette incertitude apparaît néfaste pour le professionnel, mais sa justification dans le cas spécifique des contrats à distance apparaît critiquable au vu de l'émergence de l'achat en ligne comme nouveau modèle de ce type de contrat et des conséquences que cela entraîne sur la prévisibilité (B).

A) Une responsabilisation souhaitable du consommateur

432. « *Cooling off period* » – De nombreuses dispositions de droit spécial prévoient une période au cours de laquelle le contractant ayant donné son consentement peut le rétracter¹⁶³⁰. L'examen de ces différentes mesures fait ressortir une constante : le droit de revenir sur ce qui a été convenu est systématiquement prévu au bénéfice d'une partie considérée comme « faible » au sein du contrat (consommateur, souscripteur d'assurance vie, partie démarchée à

¹⁶²⁹ Des auteurs ont ainsi suggéré « de supprimer la référence au « délai raisonnable », source d'insécurité juridique. Le délai de deux mois, délai fréquemment retenu par la loi pour permettre au titulaire d'un droit de préemption de se prononcer, apparaît satisfaisant » (C. GRIMALDI, O. DESHAYES, « Proposition de modification de l'article 1123 du Code civil : l'action interrogatoire du tiers au pacte de préférence », *RDC* 2017.171).

¹⁶³⁰ V. entre autres : article L. 121-20 du Code de la consommation qui prévoit un délai de sept jours en cas de vente de biens ou de fourniture de prestation de service à distance ; article L. 221-18 : quatorze jours pour un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement ; article L. 222-7 en matière de contrats conclus à distance portant sur des services financiers ; article L. 224-99 délai de vingt-quatre heures en matière d'achat de métaux précieux (hors opérations d'or investissement) ; article L. 312-19 : quatorze jours en matière de contrat de crédit à la consommation ; article L. 312-51 : délai de quatorze jours en cas de vente ou de démarchage à domicile ; article L. 132-5-1 du code des assurances qui prévoit un délai de trente jours en matière de signature d'un contrat d'assurance vie.

domicile, acquéreur « non professionnel »¹⁶³¹ d'immeuble). Par principe le Code de la consommation prévoit ainsi pour les contrats conclus à distance ou hors-établissement un délai de quatorze jours calendaires pendant lequel le consommateur peut revenir sur son consentement¹⁶³², courant soit à compter du jour de la conclusion du contrat lorsqu'il s'agit d'une prestation de service, soit à compter de la réception du bien, ou du dernier des biens lorsque la livraison est échelonnée, pour les contrats de vente¹⁶³³. *Le droit instaure donc une période d'incertitude au détriment de l'autre partie*, pendant une certaine période qui, nonobstant les durées indiquée, sera plus ou moins précisément définie. Du point de vue du professionnel en effet, l'incertitude court ainsi, à compter de la conclusion du contrat pendant *n* jours (correspondant au temps de livraison des biens) auxquels il convient d'ajouter les quatorze jours mentionnés (sans compter le délai de quatorze jours qui s'ensuit pour renvoyer les biens à la suite de la rétractation¹⁶³⁴ et durant lequel ils se trouvent, par hypothèse, sans intérêt économique pour lui). En outre, certains manquements dans le formalisme informatif¹⁶³⁵ de la part du professionnel ouvrent au bénéficiaire de la faculté de rétractation, le droit de l'exercer dans un délai plus long (douze mois à compter de l'expiration du premier délai en cas de non transmission des informations relatives à la rétractation prévues par le décret n°2014-1061 du 17 septembre 2014¹⁶³⁶), voire indéfiniment (tant que la notification du droit de rétractation n'a pas eu lieu)¹⁶³⁷...

433. L'indécision a un coût... – Une telle faveur pour la partie faible *a donc un coût évident pour les entreprises*, dans la mesure où elle est susceptible d'impliquer entre autres une mobilisation de trésorerie qui s'avère de fait non rentable eu égard au bénéfice escompté de l'opération si celle-ci avait été menée à terme. Ainsi, par exemple, l'article L. 312-26 du Code de la consommation prévoit certes, en cas d'exercice par l'emprunteur de son droit de rétractation, la restitution du capital et des intérêts prévus au contrat pour la période antérieure

¹⁶³¹ Article L. 271-1 alinéa 1 du code de la construction et de l'habitation.

¹⁶³² Article L. 221-18 du code de la consommation. Sur l'extension du délai par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 cf. G. RAYMOND, « Contrats conclus à distance ou hors établissement », *CCC*, mai 2014, p. 27 et s.

¹⁶³³ J. JULIEN, *op. cit.*, n°166, p. 203.

¹⁶³⁴ Article L. 221-23 du code de la consommation.

¹⁶³⁵ Sur ce formalisme V. not. : G. RAYMOND, *préc.*, n°15 et s. ; A-S LUCAS-PUGET, « La clause informant le consommateur de son droit de rétractation dans les contrats à distance et hors établissement », *CCC* n° 1, Janvier 2016, form. 1.

¹⁶³⁶ V. J. JULIEN, *op. cit.*, n°166, p. 204.

¹⁶³⁷ H. BARBIER, « Ebauche d'un régime général du droit de rétractation », *RTDCiv.*2016.605. V. par ex. : Civ. 3, 4 février 2016, n°15-11140 : *D.*2016.378 ; *RTDCiv.*2016.363, obs. H. BARBIER : la notification par une SCI venderesse avait été adressée en un seul exemplaire adressé aux deux époux au lieu de l'être à chacun des époux séparément... Antérieurement : Civ. 3, 9 juin 2010, n° 09-15361 et 09-14503, *Bull. civ. III*, n° 114 : *AJDI* 2011. 317, obs. F. COHET-CORDEY.

à la rétractation, mais le prêteur n'aura droit en revanche à aucune autre indemnité en raison du préjudice qu'il subit du fait du revirement de volonté de l'emprunteur. Il en va de même du vendeur, qui ne pourra réclamer d'indemnisation venant prendre en compte l'éventuelle utilisation du bien rendu (sauf évidemment s'il a été endommagé). En outre, le professionnel est tenu, aux termes de l'article L. 221-24 alinéa 1 du Code de la consommation, de procéder au remboursement « sans retard injustifié et au plus tard dans les quatorze jours à compter de la date à laquelle il est informé de la décision du consommateur de se rétracter ». Mais pour les contrats de vente de biens « à moins qu'il ne propose de récupérer lui-même les biens, le professionnel peut différer le remboursement jusqu'à récupération des biens *ou jusqu'à ce que le consommateur ait fourni une preuve de l'expédition de ces biens, la date retenue étant celle du premier de ces faits* »¹⁶³⁸. Cela signifie que, quoi que n'ayant pas encore réceptionné le bien retourné, il sera tenu de procéder au remboursement dès lors que le consommateur lui aurait fourni la preuve de l'expédition de celui-ci : *soit une sortie de trésorerie affectée de l'incertitude due à la possibilité d'une détérioration ou d'une fraude de la part du consommateur*.

Enfin, dans les contrats où un bien aurait été livré antérieurement à la rétractation les frais de restitution ne seront supportés par le consommateur que si le professionnel lui a fourni une information claire à ce sujet au moment de la conclusion du contrat¹⁶³⁹, à défaut c'est ce dernier qui en supportera le coût.

434. Mise en place de mesures incitatives à une responsabilisation de la partie « faible » –

Le principe de prévisibilité contractuelle est porteur d'un équilibre à rechercher entre les attentes des diverses parties, indépendamment de leurs qualités respectives. La recherche de solutions justes passe alors par une détermination de ce sur quoi porte précisément l'incertitude pour la partie qui subit le délai, ce qui renvoie à la question de la nature du droit de rétractation¹⁶⁴⁰ : s'agit-il d'une suspension de la formation du contrat, ou d'une faculté d'anéantir un contrat formé ? Aux termes même de la loi, il semble bien que le droit de rétractation ne fasse que suspendre l'*exécution* d'un contrat déjà formé¹⁶⁴¹, et la jurisprudence

¹⁶³⁸ Article L. 221-24 alinéa 2 du code de la consommation. Nous soulignons.

¹⁶³⁹ Article L. 221-23 du code de la consommation.

¹⁶⁴⁰ C. LARROUMET, *op. cit.*, n°258, p. 230 et s.

¹⁶⁴¹ Ainsi de l'article L. 224-99 du code de la consommation qui dispose : « l'exécution des obligations est *suspendue* » ; de l'article L. 312-47 : qui suspend l'accomplissement par le vendeur de son obligation de livraison ou de fourniture (qui existe donc...), « tant que l'emprunteur peut exercer sa faculté de rétractation » ; ou encore des articles L. 312-52 et L. 312-54 qui prévoient la résolution ou la résiliation du contrat. L'article L312-26 prévoit pour sa part qu'en cas de rétractation, l'emprunteur doit restituer le capital versé et les intérêts *au taux prévu dans le contrat*, le capital et les intérêts. Or si le contrat n'existait pas, il est évident que les intérêts

de la Cour de cassation est du reste bien fixée¹⁶⁴². Dès lors, en considération du consentement donné qui a formé le contrat, *le professionnel est fondé à croire légitimement dans la stabilité de la volonté exprimée par le consommateur*¹⁶⁴³, et prévoir pour l'une des parties, fut-elle considérée en position de « faiblesse », une possibilité de se délier de ce qu'elle a elle-même voulu apparaît comme la création d'une incertitude qu'il convient d'encadrer strictement, dans une logique de responsabilisation. Il conviendrait donc de distinguer les contrats conclus hors établissement (qui résultent donc d'un démarchage de la part du professionnel) de ceux où le mouvement initial est le fait du consommateur, et dans ce second cas, d'aligner le régime de la rétractation légale sur celui de la rétractation conventionnelle, en prévoyant par principe, outre la mise à la charge du consommateur des frais de renvoi, une indemnité légale à fixer par exemple en pourcentage – même minime – du montant du contrat conclu, de façon à inciter le consommateur à une réflexion préalable à l'acte de conclusion du contrat, et à le dissuader de s'engager trop légèrement au risque de maintenir le professionnel dans une incertitude coûteuse.

Ce n'est certes pas la voie choisie par le législateur français qui se trouve en cette matière soumis à l'obligation de transposer les directives européennes, mais l'on peut souhaiter qu'une telle évolution puisse avoir lieu, si ce n'est en droit français, du moins au niveau du droit de l'Union¹⁶⁴⁴.

435. Cas spécifique des contrats conclus hors établissement – Dans l'hypothèse de contrats conclus hors établissement, la finalité de protection du consommateur semble en revanche devoir l'emporter. En outre le professionnel, par sa sollicitation, se met lui-même en position risquée dans la mesure où, ayant lui-même démarché le consommateur, il ne peut autant compter sur le caractère arrêté de la décision qu'il a lui-même provoquée (de façon plus ou moins insistante selon les cas...). Une telle défiance à l'égard du professionnel dans ce type de contrat est perceptible dans le droit positif, qui s'explique « par le fait que le contrat hors établissement (en fait le démarchage) est une technique intrusive au cours de laquelle le

assortissant la somme prêtée devraient être, plus logiquement calculés, au taux légal.¹⁶⁴¹ La jurisprudence de la Cour de cassation est du reste bien fixée¹⁶⁴¹. *Contra* : la formulation de l'article L. 312-24 laisse entendre que le contrat ne devient parfait qu'après un délai de sept jours.

¹⁶⁴² Civ. 1, 10 juin 1992, n°90-17267, Bull. civ. I, n°178 : CCC 1992, n°195, note G. RAYMOND ; Civ. 3, 13 février 2008, n°06-20334 : RTDCiv.2008.293, obs. B. FAGES.

¹⁶⁴³ Tout comme l'offre, l'acceptation doit être ferme (article 1118 alinéa 1 du Code civil).

¹⁶⁴⁴ En l'occurrence la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

consommateur peut céder à la pression qui est exercée sur lui »¹⁶⁴⁵. *Le professionnel s'est donc mis lui-même dans la situation d'obtenir un consentement trop peu réfléchi et donc susceptible d'un revirement*, et il ne paraît pas inéquitable de lui laisser supporter le risque qu'il a lui-même créé par sa sollicitation, et qui ne semble donc pas imprévisible.

436. Généralisation de la présomption de renonciation tacite au droit de rétractation – Afin de pallier les difficultés pratiques pour la stabilité des contrats qui peuvent résulter de la persistance d'un risque d'anéantissement en présence d'un droit de rétractation (notamment lorsque le délai se trouve étendu, parfois *sine die*, en raison de la déficience du formalisme informatif), la jurisprudence a pu décider que « la signature par les acquéreurs de l'acte authentique de vente sans réserve vaut renonciation à se prévaloir de l'irrégularité de la notification du droit de rétractation prévue à l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation »¹⁶⁴⁶. Un tel mécanisme de purge du risque est salutaire et *pourrait être généralisé*, sur le modèle de la confirmation des actes susceptibles de nullité¹⁶⁴⁷, sous la forme d'une présomption frappant le bénéficiaire de la rétractation qui accomplirait *tout acte donnant légitimement à penser à son cocontractant que, quoi qu'ayant connaissance de son droit de rétractation (malgré le défaut invoqué du formalisme, ce qui était le cas en l'espèce), il n'entend pas s'en prévaloir*. Cela suppose évidemment pour le cocontractant de faire la preuve que le bénéficiaire du droit en avait connaissance malgré le défaut de l'information qu'il lui devait (ce qui sera plus difficile pour lui), et que le comportement invoqué était un signe raisonnable de son absence d'intention d'user de sa faculté de rétractation.

Une telle disposition pourrait prendre place au sein du droit commun des contrats, dont on a pu se demander quel intérêt présentait la référence faite par l'article 1122 du Code civil à la seule notion de délais de réflexion et de rétractation en renvoyant pour ce qui est de leur régime aux dispositions des droits spéciaux¹⁶⁴⁸. Il pourrait être opportun de profiter de cette apparition de ces mécanismes spéciaux en droit commun pour fixer une règle technique à vocation universelle qui donnerait une légitimité à cette référence qui peut s'expliquer par la volonté du législateur de mettre « en exergue ce qui est une exception grave au consensualisme et à la force obligatoire du contrat (qui veulent qu'un "oui" soit "oui") »¹⁶⁴⁹.

¹⁶⁴⁵ J. JULIEN, *op. cit.*, n°170, p. 207. V. aussi : directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 (considérant n°37) : « En ce qui concerne les contrats hors établissement, le consommateur devrait avoir un droit de rétractation, compte tenu de la pression psychologique et/ou de l'élément de surprise éventuels ».

¹⁶⁴⁶ Civ. 3, 7 avril 2016, n°15-13064 (publié).

¹⁶⁴⁷ Article 1182 du Code civil.

¹⁶⁴⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 135.

¹⁶⁴⁹ *Idem, ibid.*

Il semble alors opportun d'ajouter un second alinéa à l'article 1122 rédigé en ce sens : « *Le bénéficiaire du droit de rétractation est réputé y avoir renoncé lorsque, ayant connaissance de ce droit et du délai pour l'exercer, il accomplit tout acte rendant imprévisible pour l'autre partie son exercice ultérieur* ».

B) Emergence d'un nouveau modèle de contrat à distance : l'achat en ligne

437. Cas particulier des contrats conclus à distance – Les contrats conclus à distance peuvent être définis comme ceux « dans lesquels un contrat est conclu entre le professionnel et le consommateur dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance (vente par correspondance, internet, téléphone ou fax), jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu »¹⁶⁵⁰. Dans le cas des contrats de vente à distance, on a pu justifier l'incertitude subie par le professionnel du fait de la possibilité d'une rétractation, par le risque de déception auquel est soumis l'acquéreur qui n'a pas pu approcher physiquement ce qu'il se propose d'acquérir, et qui le découvre une fois que la chose lui est parvenue¹⁶⁵¹ : « étant donné qu'en cas de vente à distance le consommateur n'est pas en mesure de voir le bien qu'il achète avant de conclure le contrat, il devrait disposer d'un droit de rétractation. Pour la même raison, le consommateur devrait être autorisé à essayer et inspecter le bien qu'il a acheté, dans la mesure nécessaire pour établir la nature, les caractéristiques et le bon fonctionnement du bien »¹⁶⁵². Pourtant, une telle faveur peut apparaître excessive. De deux choses l'une : ou bien la présentation du produit par le professionnel sur catalogue ou site internet s'avère *trompeuse* et dans ce cas il sera possible de mettre en jeu sa responsabilité contractuelle, d'agir sur le fondement de la garantie de conformité, de rechercher un manquement à son obligation précontractuelle d'information, de l'assigner pour pratique commerciale trompeuse¹⁶⁵³ (articles L. 121-2 et suivants du code de la consommation), voire, pour tromperie ou falsification (articles L. 413-1 et suivants du code de la consommation), bref d'user des voies de droit normalement usitées dans de telles hypothèses, ou bien la

¹⁶⁵⁰ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 (considérant n°20). V. aussi la définition (moins exhaustive) donnée par l'article L. 221-1 du code de la consommation.

¹⁶⁵¹ J. JULIEN, *op. cit.*, p. 203. V. aussi Ph. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 9^e éd., 2017-2018, n°412-51.

¹⁶⁵² Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 (considérant n°37). On notera tout de même l'émergence de nouveaux modes de présentation des produits sur les sites de ventes en ligne, notamment l'émergence de la modélisation 3D, qui permet de visualiser le produit avec une bien plus grande précision qu'il y a quelques années...

¹⁶⁵³ V. J. JULIEN, *op. cit.*, p. 149 et s.

présentation étant conforme au produit livré, *il en va dans ce cas de la faute du consommateur qui n'a pas suffisamment étudié en amont le caractère opportun du contrat par rapport à ses besoins.*

438. Evolutions de la vente à distance : le développement du e-commerce – Le cas des contrats de consommation conclus à distance nous semble devoir être appréhendé en tenant compte des évolutions sociologiques liées au développement des nouveaux modes de consommation. La croissance du commerce en ligne par rapport aux vecteurs traditionnels du secteur (téléphone, courrier) est remarquable. La part de chiffre d'affaire du commerce en ligne par rapport au chiffre d'affaire de la vente à distance connaît depuis les années 2000 une croissance continue¹⁶⁵⁴ : en relatif équilibre au tournant des années 2005-2006, la tendance s'est ensuite inexorablement inversée au bénéfice du e-commerce, dont le chiffre d'affaire atteint désormais 72 milliards d'euros¹⁶⁵⁵. Au deuxième trimestre 2017 36,9 millions d'internautes ont effectué des achats en ligne¹⁶⁵⁶ alors qu'ils n'étaient que 13,4 millions en 2005¹⁶⁵⁷, soit une hausse de plus de 175% en douze ans... Cette croissance s'accompagne en outre d'un *phénomène de remplacement*¹⁶⁵⁸ (qui n'exclut pas le constat d'une complémentarité des canaux d'achat¹⁶⁵⁹) : « depuis 2000, on observe en premier lieu que la forte croissance d'internet est associée à un déclin de la VAD [vente à distance] hors internet, suggérant un effet de substitution. Une analyse similaire conduite par grandes catégories de biens confirme cette observation »¹⁶⁶⁰. En témoigne *le passage de la part des commandes passées sur internet de 30% à 50% sur une période d'à peine quatre ans (2008-2012)*, alors que dans le même temps les commandes effectuées par d'autres canaux (courrier, téléphone) perdaient 10% (cf. graphique)¹⁶⁶¹... Dès lors il semble que le modèle du contrat à distance soit désormais celui conclu par un consommateur connecté, appelé à devenir dans les prochaines années le modèle type.

¹⁶⁵⁴ Ph. ASKENAZY, C. CELERIER, D. IRAC, « Vente à distance, internet et dynamiques des prix », *Economie & prévision* 2010/3 (n° 194), p. 5.

¹⁶⁵⁵ « Les chiffres clés 2016-2017 », F.E.V.A.D (consulté le 12/10/2017 sur www.fevad.com).

¹⁶⁵⁶ Communiqué de presse F.E.V.A.D /Médiamétrie du 19 septembre 2017.

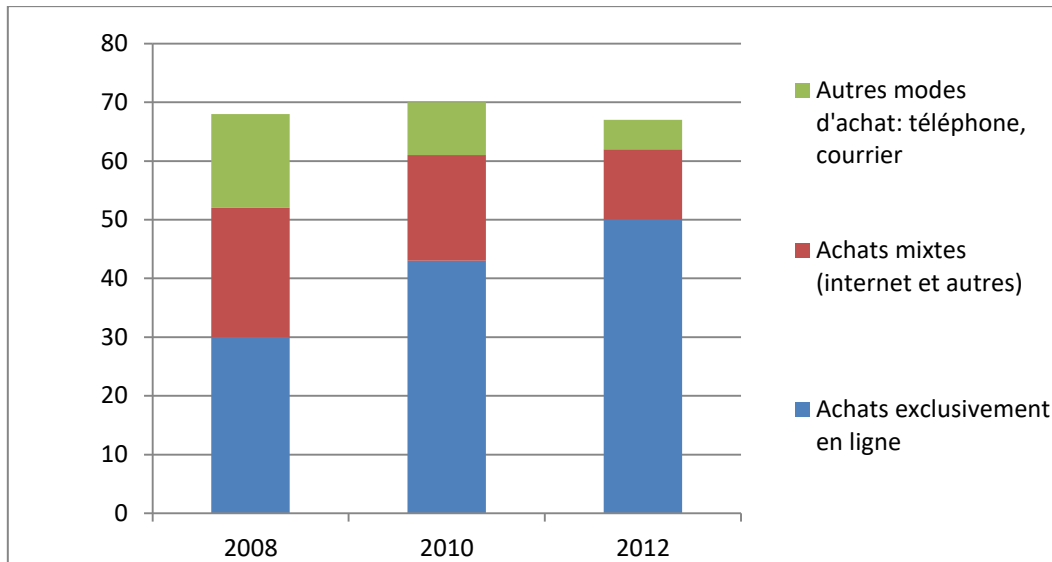
¹⁶⁵⁷ Communiqué de presse F.E.V.A.D /Médiamétrie du 28 janvier 2016.

¹⁶⁵⁸ C. FORMAN, A. GHOSE, A. GOLDFARB, « Competition between local and electronic markets: How the benefit of buying online depends on where you live », *Management Science*, 2009, vol. 55, n° 1, pp. 47-57.

¹⁶⁵⁹ Ph. ASKENAZY, C. CELERIER, D. IRAC, préc., p. 4 et 5.

¹⁶⁶⁰ *Idem, ibid.* V. aussi : « Le profil des acheteurs à distance et en ligne – Étude réalisée pour le compte de La F.E.V.A.D, La Poste, Reed Exhibitions, CCI Grand Lille », C.R.E.D.O.C, 2012, p. 9 (consulté le 12/10/2017 sur www.credoc.fr).

¹⁶⁶¹ V. aussi pour la période 1999-2003 : M. ROUSTAN, F. LEHUEDE, P. HEBEL, « Qu'est-ce qu'Internet a changé aux modes d'achat des français ? », C.R.E.D.O.C, *Cahier de recherche* n°213, novembre 2005, p. 22.



Source : Enquête F.E.V.A.D, La Poste, Reed Exhibitions, C.C.I Grand Lille, C.R.E.D.O.C, 2012, p. 9 (www.credoc.fr).

439. Sociologie des nouveaux modes de vente à distance – De nombreux travaux en sociologie montrent que l'évolution vers des modes de vente à distance de plus en plus « connectés » s'accompagne d'une croissance de l'expertise du consommateur : « Internet constitue une révolution en termes d'information, plus qu'en termes d'achat, tout au moins aujourd'hui. En effet, plus que l'émergence d'un réel canal de distribution alternatif, le bouleversement aujourd'hui apporté par Internet aux processus d'achat des Français se situe dans l'offre d'un outil d'information supplémentaire sur les produits et leur mise sur le marché, qui touche à l'équilibre traditionnel entre offre et demande »¹⁶⁶². Ainsi selon une étude 56% des cyberacheteurs considèrent qu'Internet leur permet de « s'informer plus sur les produits » et de « comparer plus les prix des produits entre eux »¹⁶⁶³. L'on constate également que la multiplication des sources d'information sollicitées préalablement à un achat est fonction du fait que celui-ci se trouve réalisé en magasin ou en ligne : plus le nombre de sources consulté est important, plus le différentiel entre les deux situations s'accroît¹⁶⁶⁴.

Cela signifie que *l'acte d'achat sur internet est réalisé au terme d'un processus de réflexion significativement plus documenté*¹⁶⁶⁵ que lors des achats réalisés au sein d'un établissement : « Internet est un média en concordance avec l'attitude d'expertise de plus en plus répandue

¹⁶⁶² *Idem*, p. 9. Nous soulignons. V. aussi : J-S BEUSCART, E. DAGIRAL, S. PARASIE, *Sociologie d'internet*, Armand Collin, coll. Cours série sociologie, 2016, p. 156 et s. ; V. CHABAULT, *Sociologie de la consommation*, Dunod, 2017, spéc. p. 139 et s.

¹⁶⁶³ *Idem, ibid.*

¹⁶⁶⁴ *Idem*, p. 10.

¹⁶⁶⁵ V. cependant, sur les limites de l'information via Internet : Ph. LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 9^e éd., 2017-2018, p. 10 et s.

parmi les consommateurs. Cette expertise se traduit principalement par un niveau d'information élevé des consommateurs sur la gamme de produits offerts, les caractéristiques d'usage de ces produits, les marques et les canaux de distribution »¹⁶⁶⁶.

440. Impact de l'évolution de la vente à distance sur la prévisibilité – Il semble donc possible de soutenir l'hypothèse selon laquelle *le développement de la vente à distance en ligne fait apparaître un phénomène d'accroissement de la réflexion préalable à l'acte d'achat*. Certains chercheurs ont en effet suggéré que la perception d'un risque lié à cet acte était plus importante dans l'achat à distance¹⁶⁶⁷ : le consommateur ne peut en effet acquérir une connaissance sensible de l'objet du contrat comme c'est le cas lors d'un achat non virtuel, ce qui motive d'ailleurs la faveur dont il bénéficie aux termes de la loi qui lui ouvre une faculté de rétractation¹⁶⁶⁸. Cette perception accrue du risque va provoquer un besoin d'information, lui-même à l'origine d'une posture proactive du consommateur¹⁶⁶⁹.

Or il nous semble que le droit de la consommation tel qu'il se trouve aujourd'hui construit n'a pas complètement pris la mesure de cette différence tangible entre l'acte de consommation « classique » et la révolution opérée par l'irruption de l'Internet¹⁶⁷⁰, notamment dans le modèle type du contrat à distance. *Le consommateur connecté est généralement mieux informé, ou du moins mieux en mesure de s'informer*, sur l'opportunité du contrat qu'il s'apprête à conclure que le consommateur traditionnel, ce qui rejaillit évidemment sur le niveau de régulation du risque qui doit être mis en œuvre par le droit, *puisque le niveau de prévisibilité dont il bénéficie se trouve accru*.

441. Réduction du délai et motivation de la rétractation – Il pourrait donc être opportun de traduire dans le droit ces quelques constats sociologiques. D'une part un *retour au délai de rétractation de sept jours* au lieu des quatorze imposés par la directive de 2011 dans une logique d'harmonisation des législations nationales sur le « mieux disant »¹⁶⁷¹. L'on voit mal

¹⁶⁶⁶ *Idem, ibid.*

¹⁶⁶⁷ V. not. : B. BELVAUX, « Du e-commerce au multi-canal. Les différentes implications d'Internet dans le processus d'achat du consommateur », *Revue Française de Marketing*, 209, 4/5, p. 49 et s.

¹⁶⁶⁸ Cf. *supra* n°435.

¹⁶⁶⁹ B. BELVAUX (préc.) qui cite : J-C DANDOUAU, « Recherche d'information sur Internet et expérience de consultation », *Recherche et Application en Marketing*, 2001, 16, 3, 9-23.

¹⁶⁷⁰ *Contra* : A-L FALKMAN, « La relance de la croissance européenne passera-t-elle par le « e-commerce » ? », *CCC* n° 3, Mars 2012, alerte 12.

¹⁶⁷¹ Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 (considérant n°40).

en effet ce qui a pu motiver le doublement du délai¹⁶⁷² : comme le dénonçait un auteur non sans humour dès 2009¹⁶⁷³. Une deuxième mesure pourrait être d'imposer au consommateur souhaitant exercer son droit de rétractation de le *motiver*¹⁶⁷⁴, à travers une énumération fermée qui pourrait apparaître sur le formulaire de rétractation que le professionnel a obligation de lui communiquer¹⁶⁷⁵ aux termes de l'article 6-1 (h) de la directive de 2011¹⁶⁷⁶. De cette façon il serait possible de vérifier l'absence d'abus dans l'exercice de ce *droit* en recherchant le caractère prévisible ou non de l'élément qui a commandé le revirement de volonté, et préventivement d'inciter le consommateur à une réflexion accrue en amont de la conclusion du contrat.

442. Conclusion de la sous-section 1 relative à la réduction des incertitudes au sein du contrat – La prévisibilité *de lege lata* des risques personnels au sein du contrat apparaît susceptible d'améliorations. Plusieurs dispositions devraient en effet faire l'objet de modifications, notamment en ce qui concerne la mise en place de délais pour encadrer la formation du contrat entre absents, où le « délai raisonnable » visé par les articles 1116 et 1117 du Code civil apparaît source d'imprévisibilité. Il conviendrait *donc d'en préciser les contours* en visant expressément les usages ou l'existence d'une relation antérieure ou en cours entre les parties, et de prévoir en outre *un délai légal de caducité du contrat en l'absence de délai raisonnable*.

En outre, il conviendrait de réexaminer la pertinence des facultés de rétractation dans les contrats de consommation *en tenant compte notamment de l'évolution du modèle-type du contrat à distance qui semble désormais être celui de l'achat en ligne*. Dans une perspective de responsabilisation du consommateur qui apparaît paradoxalement de plus en plus protégé alors qu'il est dans le même temps de mieux en mieux en mesure de s'informer, il est possible de proposer *de lege ferenda*¹⁶⁷⁷ un retour à *l'ancien délai de sept jours et une obligation de motiver la rétractation*.

¹⁶⁷² V. par ex. : L. LEVENEUR, « La nouvelle directive sur les droits des consommateurs dans la dernière ligne droite », CCC 2011, n° 10, repère 9, qui s'interroge : « doublement du délai de rétractation qui est porté à 14 jours (est-ce d'ailleurs vraiment nécessaire ? Les 7 jours actuels peuvent déjà paraître suffisants) »...

¹⁶⁷³ L. LEVENEUR, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs : recul de la protection des acheteurs en France », CCC 2009, n°8-9, repère 8.

¹⁶⁷⁴ Ce qui va évidemment à l'encontre de la lettre de l'article 9 de la directive de 2011 qui prévoit expressément le caractère discrétionnaire du droit de rétractation.

¹⁶⁷⁵ Décret n°2014-1061 du 17 septembre 2014.

¹⁶⁷⁶ Article L. 221-5 (2°) du code de la consommation.

¹⁶⁷⁷ En ayant cependant conscience des difficultés qu'il y aura à contourner l'application de la directive de 2011.

Enfin, l'introduction au sein de l'article 1122 du Code civil d'un mécanisme de purge du risque de rétractation pourrait être opportune, sur le modèle de la confirmation des actes susceptibles de nullité relative¹⁶⁷⁸ : « *Le bénéficiaire du droit de rétractation est réputé y avoir renoncé lorsque, ayant connaissance de ce droit et du délai pour l'exercer, il accomplit tout acte rendant imprévisible pour l'autre partie son exercice ultérieur* ».

Sous-section 2 : L'isolement du contrat vis-à-vis des tiers

443. Introduction – Certaines évolutions récentes du droit des contrats semblent pouvoir contribuer à mettre en place une prévisibilité contractuelle accrue à l'égard des risques personnels qui trouvent leur source dans les interactions possibles des tiers avec les prévisions des parties. Il conviendra cependant d'exclure, à ce stade, cette catégorie spécifique de risque personnel exogène qu'est celui résidant dans l'environnement normatif du contrat dans la mesure où certains conditionnements propres constituent un obstacle supplémentaire – quoi que relatif – à la mise en œuvre d'une prévisibilité légale à leur endroit (cf. section 2). Par tiers au contrat, nous entendons donc l'ensemble des sujets de droit « qui n'ont pas été partie au contrat soit par eux-mêmes, soit par l'intermédiaire d'un représentant »¹⁶⁷⁹, en gardant à l'esprit le caractère hétérogène et évolutif de cette catégorie¹⁶⁸⁰.

Lorsque les parties concluent un contrat, elles ont évidemment à l'esprit, dans l'ordre des motifs supportant leur volonté de conclure, qu'elles créent ce faisant un espace au sein duquel les événements juridiques qui devront se produire sont déterminés à l'avance d'un commun accord, ce qui exclut qu'ils puissent se trouver remis en cause ultérieurement par une quelconque interférence extérieure. La nature même du contrat est de dresser, selon l'image souvent utilisée, un mur protecteur¹⁶⁸¹ entre les contractants et le reste du monde. L'ordonnance du 10 février 2016 est venue consacrer de manière heureuse le principe de cette séparation aux articles 1199 et 1200 du Code civil.

444. Annonce du plan – Pourtant, au-delà du risque pouvant naître de l'intervention directe du tiers dans le contrat (§1), l'émergence de nouvelles techniques d'information fait

¹⁶⁷⁸ Articles 1180 et suivants du Code civil.

¹⁶⁷⁹ C. LARROUMET, *op. cit.*, n°743, p. 862.

¹⁶⁸⁰ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°793, p. 408.

¹⁶⁸¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p.1946.

apparaître un risque d'interférences indirectes qui ne semble pas suffisamment pris en compte (§2).

§1 : L'intervention directe des tiers dans le contrat

445. L'opposabilité aux tiers dans l'ordonnance du 10 février 2016 – Consacrée et explicitée par l'article 1200 du Code civil, l'opposabilité aux tiers a pour effet principal de garantir la relation nouée entre les parties contre toute interférence extérieure¹⁶⁸². Pourtant, à l'occasion d'une décision majeure – et très critiquée – du 6 octobre 2006¹⁶⁸³ l'assemblée plénière de la Cour de cassation avait admis qu'un tiers puisse actionner un contractant, *sur le fondement de la responsabilité délictuelle*, dès lors qu'un manquement à l'une de ses obligations lui causerait, *en tant que tel*, un préjudice : nonobstant le principe de l'effet relatif des contrats, la mise en œuvre de la responsabilité d'un contractant par un tiers au contrat est, en vertu du principe corollaire d'opposabilité du contrat par les tiers, un mécanisme admis de longue date¹⁶⁸⁴. Si les contrats ne peuvent, selon la formule de l'ancien article 1165 du Code civil « nuire aux tiers »¹⁶⁸⁵, il semble évident que leur inexécution ne le doit pas non plus¹⁶⁸⁶. Le contrat constitue en effet une situation de fait dont les tiers peuvent se prévaloir comme tout autre fait qui leur causerait un dommage : « se prévaloir de ce qu'une personne a passé un contrat et même de ce qu'elle ne l'a pas exécuté, c'est se prévaloir d'un pur fait qui existe en tant que fait, donc à l'égard de tous »¹⁶⁸⁷. Quoi qu'enserré dans le mécanisme obligationnel isolé du reste du monde par le jeu de l'effet relatif, l'accomplissement ou l'inexécution par le bailleur de ses obligations peut avoir une répercussion sur la situation d'un tiers. Il est donc admis que celui-ci puisse obtenir réparation du préjudice que lui causerait une inexécution du contrat *prise non en tant que telle mais comme un fait générateur tel qu'exigé par les règles*

¹⁶⁸² L. AYNES, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Cons. constit.*, 2005, n°17, p. 80.

¹⁶⁸³ Ass. plén. 6 octobre 2006, n°05-13255, Bull. Ass. plén. 2006, n° 9, p. 23 : D.2006.2825, note G. VINEY ; *JCP* 2006.II.10181, avis A. GARIAZZO, et note M. BILLAU ; *idem*, 2007.I.115, n°4, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTDCiv.*2007.115, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *idem*, p. 123, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2007.279, obs. S. CARVAL ; *idem*, p. 379, obs. J-B SEUBE. Dans cette affaire, les demandeurs avaient donné à bail un immeuble commercial à une société, laquelle avait à son tour confié la gérance de son fonds de commerce dans les lieux à une troisième. Les bailleurs n'entretenant pas les locaux, le locataire-gérant a obtenu, devant le juge des référés, puis devant les juges du second degré, qu'ils accomplissent leurs obligations, ainsi que l'allocation d'une réparation du préjudice d'exploitation subi de leur fait. Les bailleurs soutenaient que, s'il était possible pour les défendeurs, tiers au contrat de bail, d'agir à leur encontre nonobstant l'effet relatif des contrats, c'est à la condition que puisse être démontrée l'existence d'un préjudice tel qu'exigé par l'ancien article 1382 du Code civil qui découlerait d'une faute envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vu contractuel.

¹⁶⁸⁴ Civ.1, 15 décembre 1988, Bull. civ. I, n°368 : *Deffrénois* 1999.745, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1999, n°37, note L. LEVENEUR ; *RTDCiv.*1999.62, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁸⁵ L'article 1199 alinéa 1 dispose désormais : « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ».

¹⁶⁸⁶ F. AUQUE, « L'inexécution du bail commercial ne peut nuire au locataire-gérant », *JCP E* 2007.1000.

¹⁶⁸⁷ Cf. H & L MAZEAUD, A. TUNC, *Traité de la responsabilité civile*, 5^e éd., t.1, n°144-3.

de la responsabilité délictuelle¹⁶⁸⁸, c'est-à-dire « un manquement [...] au devoir général de ne pas nuire à autrui »¹⁶⁸⁹. Mais en décidant qu'un tiers peut se prévaloir de l'inexécution contractuelle *en tant que telle* pour obtenir à son profit une indemnisation du préjudice subi sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la Cour de cassation, ralliant ainsi quoi qu'avec une certaine modération¹⁶⁹⁰ la position jusque-là tenue par la première chambre civile¹⁶⁹¹, non seulement donnait un coup de boutoir à la théorie générale du contrat en relativisant la distinction des ordres de responsabilité et l'effet relatif des conventions, mais encore ouvrait grande la porte à l'intervention imprévue d'un tiers dans le jeu contractuel.

L'on pouvait donc attendre de la réforme qu'elle mette un point final à la controverse. La formule de l'article 1200 du Code civil n'apparaît cependant pas suffisamment précise pour solder définitivement le flottement jurisprudentiel¹⁶⁹² relatif à l'invocation par un tiers d'une inexécution contractuelle qui lui causerait un préjudice¹⁶⁹³.

446. Solutions possibles pour le tiers victime d'une inexécution contractuelle – En l'état actuel des choses, trois solutions paraissent envisageables : la première est celle de l'arrêt de 2006 consistant pour le tiers à agir sur le fondement de la responsabilité délictuelle en invoquant un manquement contractuel ; la deuxième était celle retenue par l'*Avant-projet de réforme de la responsabilité civile* de 2016 qui conditionnait une telle action à la démonstration de l'existence d'une qualification délictuelle du manquement contractuel¹⁶⁹⁴ ; la troisième enfin consisterait à opter pour un système mixte combinant la possibilité d'agir tant sur un fondement délictuel que contractuel, ce qui est l'option retenue par l'article 1234 du *Projet de réforme de la responsabilité civile* (mars 2017)¹⁶⁹⁵. Ces trois solutions

¹⁶⁸⁸ Ass. plén. 17 novembre 2000, n°99-13701 (*affaire Perruche*) : l'action de l'enfant, tiers au contrat médical, fut accueillie sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil. L'arrêt de 2006 est venu trancher un débat qui persistait entre les chambres civiles et la chambre commerciale : sur ce point V. L. BLOCH, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *Resp. civ. et ass.* 2006, n°11, étude 17, spéc. n°4.

¹⁶⁸⁹ Com. 5 avril 2005, n°03-19370, Bull. IV, n°81 : *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2005, comm. 149, obs. L. LEVENEUR.

¹⁶⁹⁰ L. BLOCH, préc., n°5 et s.

¹⁶⁹¹ V. par ex. : Civ. 1, 15 décembre 1998, n°96-21905, Bull. civ. I, n°368 : *Defrénois* 1999.745, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 1999, comm. 37, note L. LEVENEUR ; Civ. 1, 18 juillet 2000, n°99-12135, Bull. civ. I, n°221 : *JCP G* 2000.II.10415, obs. G. VINEY ; *CCC* 2000, comm. 175, note L. LEVENEUR ; Civ. 1, 18 mai 2004, n°01-13844, Bull. civ. I, n°141 : *CCC* 2004, comm. 121, note L. LEVENEUR ; *RTDCiv.* 2004.502, obs. P. JOURDAIN. Plus récemment néanmoins : Civ.1, 15 décembre 2011, n°10-17691 : *D.*2012.659, note D. MAZEAUD : censure de la décision en raison de l'absence de démonstration d'une qualification délictuelle du manquement contractuel.

¹⁶⁹² V. par ex. en sens inverse : Civ. 1, 15 décembre 2011, n°10-17691 : *D.*2012.659, note D. MAZEAUD.

¹⁶⁹³ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 430.

¹⁶⁹⁴ Article 1234 de l'*Avant-projet de réforme de la responsabilité civile* (2016).

¹⁶⁹⁵ Dans le même sens : article 1242 de l'*Avant-projet CATALA*.

théoriquement envisageables apparaissent emporter un effet très différent sur la prévisibilité contractuelle à laquelle il convient de les confronter...

447. Inconvénients de l'action sur un fondement délictuel – Les deux régimes reposant sur la seule ouverture d'une action délictuelle n'apparaissent pas satisfaisants. Dans le premier cas, en effet, la possibilité pour le contractant de se voir attirer dans un ordre de responsabilité qui lui est étranger constitue par principe un risque imprévisible dès lors qu'en enfermant l'exécution, et même *la possibilité d'inexécution*, dans un mécanisme de prévision, le contractant a pu prévoir de s'exonérer partiellement ou intégralement par le biais de clauses qu'il ne peut, à cause de l'article 1199 alinéa 1, opposer au tiers¹⁶⁹⁶.

Dans le second cas, l'application stricte du principe de relativité des fautes fera que seule pourra ouvrir droit à réparation au profit d'un tiers l'inexécution d'une obligation qui n'est pas strictement contractuelle mais constitue aussi un manquement à un devoir général de prudence, de diligence¹⁶⁹⁷, tel que visé par la définition de la faute de l'article 1242¹⁶⁹⁸. Or cette qualification est susceptible de s'appliquer de manière restreinte, essentiellement aux « obligations contractuelles accessoires, traduisant des normes générales de comportement intégrées au contrat »¹⁶⁹⁹, *mais laisse de côté toutes celles qui ne se conçoivent que comme une simple conséquence du lien contractuel*. Une certaine porosité du principe d'opposabilité s'est néanmoins progressivement fait jour, dont il résulte une différence notable entre les situations des tiers absolus (*penitus extranei*), des créanciers chirographaires et des ayant-cause à titre particulier. Pour ces-derniers en effet, il a été admis qu'ils puissent exercer une action en responsabilité contre le contractant initial défaillant dans la mesure où le droit d'agir leur est transmis en même temps que le bien qu'ils acquièrent, ce qui cantonne donc le mécanisme aux seules hypothèses de chaînes translatives de propriété¹⁷⁰⁰. Quant aux créanciers chirographaires, qui sont certes des tiers au contrat principal mais qui en vertu du

¹⁶⁹⁶ M. BACACHE, « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.*2016.1454, n°10 : cette solution « présente [...] l'inconvénient de porter atteinte aux prévisions du débiteur défaillant. Plaçant la réparation sur le terrain délictuel, il permet au tiers victime d'échapper au régime contractuel autour duquel le débiteur avait pourtant construit l'équilibre de son contrat [...] ». V. aussi : J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*2016.1442, spéc. n° 6 ; I. ARNAUD-GROSSI et J. MESTRE, « Les piliers du droit des sociétés pourront-ils résister longtemps à la responsabilité délictuelle pour simple manquement contractuel ? », *RLDA* 2008, n° 24, p. 10.

¹⁶⁹⁷ V. not. : Com. 8 octobre 2002 (n°98-22858) : *JCP G* 2003.I.152, obs. G. VINEY ; Com. 5 avril 2005 (n°03-19370), Bull. IV, n°81 : *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.* 2005.602, obs. P. JOURDAIN.

¹⁶⁹⁸ Article 1242 du *Projet de réforme de la responsabilité civile* (mars 2017) : « constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

¹⁶⁹⁹ M. BACACHE, préc., n°15.

¹⁷⁰⁰ V. par ex. : Civ. 3, 23 septembre 2009, Bull. civ. III, n°202 : *RTDCiv.*2010.336, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2010.589, note O. DESHAYES ; Civ. 3, 10 juillet 2013 (n°12-21910), Bull. civ. III, n°102 ; *D.*2013.2448, note COTTET ; *RDC* 2013.1349, obs. O. DESHAYES ; *D.*2014.630, obs. S. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI.

lien de droit qu'ils ont avec l'une des parties subissent les répercussions d'une inexécution de celui-ci¹⁷⁰¹, la jurisprudence avait d'abord admis qu'ils puissent, sur le fondement de la théorie des *groupes de contrats*, agir directement en responsabilité contractuelle contre le contractant défaillant¹⁷⁰². Mais en 1991 l'arrêt *BESSE* est venu opérer un revirement : « le sous-traitant n'étant pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage, les juges ne peuvent décider que celui-ci ne dispose à l'encontre du sous-traitant que d'une action nécessairement contractuelle »¹⁷⁰³. Ainsi, hormis dans le cas des chaînes de contrats translatives de propriété¹⁷⁰⁴, seule sera envisageable une action délictuelle conditionnée par la preuve d'une faute détachable. Quant aux tiers absolus, seule la démonstration d'une qualification délictuelle en sus de l'existence d'une inexécution pourrait leur ouvrir droit à réparation. Une telle situation présente d'évidents inconvénients dans la mesure où certains tiers peuvent avoir un « intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat »¹⁷⁰⁵, sans pour autant que son inexécution puisse être sanctionnée sur un fondement délictuel...

448. Pour une faculté d'option en cas d'inexécution dommageable pour les tiers – La troisième voie, pour laquelle a opté le *Projet de réforme* de 2017 semble être la bonne. Elle permet en effet une répartition des actions à partir de la considération des anticipations légitimes des contractants : l'assignation de chacun dans son ordre naturel de responsabilité importe moins en effet *que les conditions dans lesquelles un contractant est susceptible de se voir attirer dans tel ou tel ordre de responsabilité*, qui doivent respecter ses prévisions et attentes. La formulation de l'article 1234 du projet prévoit donc une faculté d'option ouverte à toute personne qui, à quelque titre que ce soit, aurait à souffrir d'une inexécution contractuelle pour agir soit *sur le fondement de la responsabilité délictuelle* soit *sur celui de la responsabilité contractuelle*.

Dans le premier cas, il lui faudrait démontrer que l'inexécution se double d'une faute « détachable du contrat » au sens de l'article 1242 du projet. La réparation ne pourrait alors être envisagée que sous la seule forme de dommages et intérêts, sans qu'il lui soit possible de

¹⁷⁰¹ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n°454.

¹⁷⁰² V. sur ce point : M. BACACHE, « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.*2016.1454.

¹⁷⁰³ Ass. plén. 12 juillet 1991 « Besse », *Bull. civ.* n°5 ; *Rec.*, p.105 et 353, concl. MOURRIER ; *G.A.J.C.* n°176 ; *D.*1991.549, note J. GHESTIN ; *idem*, p. 321, obs. J-L AUBERT ; *JCP* 1991.II.21743, note G. VINEY ; *RTDCiv.*1991.750, obs. P. JOURDAIN ; *idem*, 1992.593, obs. F. ZENATI.

¹⁷⁰⁴ V. par ex. : *Civ.*1, 16 février 1994, *Bull. civ.* 1, n°72 : *Defrénois* 1994.798, obs. Ph. DELEBECQUE, qui réforme une décision ayant admis un fondement contractuel à l'action d'un architecte contre un entrepreneur au motif qu'ils participaient tous deux à un même groupe de contrats dédiés à la réalisation d'une même opération immobilière.

¹⁷⁰⁵ Article 1234 du *Projet de réforme de la responsabilité civile* (mars 2017).

demander l'exécution de l'obligation sur laquelle porterait la défaillance¹⁷⁰⁶ conformément à l'article 1199 alinéa 2 du Code civil, mais agissant hors des limes des stipulations contractuelles aucune clause ne serait évidemment susceptible de lui être opposée. Dans une telle hypothèse, le risque que laisse prospérer le droit n'atteint aucune anticipation légitime : la conclusion du contrat, en effet, ne saurait valoir exonération pour un contractant des conséquences d'une transgression de règles juridiques extérieures au contrat. Or c'est précisément cela que tend à établir la démonstration d'une « faute détachable » : *l'espace de certitude créé par le droit ne vaut que tant que le contractant se maintient dans les limites de la relation qu'il a nouée*. Dans la mesure où sa défaillance l'en fait sortir en le réintégrant au sein du jeu normal de la responsabilité délictuelle, on ne saurait voir là une violation de la prévisibilité dont il bénéficie par ailleurs.

Dans le second cas, le tiers se trouverait dans une situation certes plus favorable sur le plan de l'administration de la preuve puisqu'il lui suffirait d'arguer de la seule inexécution et de montrer l'existence d'un préjudice corrélatif. Mais l'application du principe de prévisibilité exige alors qu'il se conforme aux règles régissant l'ordre de responsabilité dans lequel il choisit de mener son action. Dans ce cas en effet, ce n'est pas le contractant qui sort de l'espace contractuel à ses risques et périls, mais le tiers qui y entre et doit donc se conformer aux règles qui y prévalent au bénéfice de ceux qui s'y trouvent déjà... Il sera alors susceptible de se voir opposer les éventuelles clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ainsi qu'en dispose l'alinéa 2 de l'article 1234¹⁷⁰⁷.

449. Une prévisibilité contractuelle suspendue à la réforme...de la responsabilité – En l'état actuel des choses il semble difficile d'apprécier l'apport de l'ordonnance du 10 février 2016. La généralité de la formule de l'article 1200 du Code civil laisse finalement à la Cour régulatrice la liberté de rompre ou pas avec son ancienne jurisprudence, et l'on notera que certaines décisions récentes semblent aller dans ce sens¹⁷⁰⁸. La voie choisie par le *Projet de réforme de la responsabilité civile* semble parvenir à une régulation équilibrée et il faut espérer que le dispositif de l'article 1234 viendra compenser l'imprécision des textes actuels spécifiques au droit des contrats.

¹⁷⁰⁶ C'était le cas dans l'arrêt du 6 octobre 2006, où le locataire-gérant, victime de l'incurie des bailleurs, avaient obtenu des juges du fond non seulement le paiement d'une indemnité en réparation d'un préjudice d'exploitation, mais aussi la remise en état des lieux, ce qui revenait à demander à leur égard l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat auquel ils n'étaient pas partie.

¹⁷⁰⁷ G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.*2016.1378.

¹⁷⁰⁸ Com. 18 janvier 2017, n°14-16442 (inédit) : *D.*2017.1036, note D. MAZEAUD ; Civ. 3, 18 mai 2017, n° 16-11203 (FS-P+B+R+I) : *CCC* 2017, n°8-9, comm. 163, note L. LEVENEUR.

§2 : Les interférences indirectes des tiers en amont du contrat

450. La question cruciale d'une régulation de l'information en réseau – L'émergence de nouveaux canaux d'information susceptibles d'exercer une influence déterminante sur le consentement des parties est l'un des éléments fondamentaux qui conditionnent la mise en place d'une prévisibilité contractuelle à l'aube du XXI^e siècle. Deux caractéristiques de ces nouveaux modes d'information doivent être relevées : d'une part leur influence de plus en plus importante dans le processus de détermination de la volonté¹⁷⁰⁹ ; et d'autre part leur fonctionnement en réseau reposant sur un modèle de recherche spontanée, qu'ils présupposent par nature. Ces deux caractéristiques, combinées entre elles, constituent une source de risque : *la croissance de la recherche spontanée d'informations par les (futurs) contractants entraîne mécaniquement un recul des possibilités de contrôle par le droit de la qualité de l'information recueillie*¹⁷¹⁰, *et une augmentation du risque d'interférences extérieures dans le sens d'une désinformation ou d'une mauvaise information, cause d'imprévisibilité.*

451. Le rôle prescripteur des tiers via les informations en réseau – Les sources d'information sur Internet sont diverses : il est possible de distinguer les acteurs « institutionnels » des « pairs »¹⁷¹¹. A l'égard des premiers, dans lesquels on entendra l'ensemble des sites professionnels ayant vocation à produire de l'information à destination de futurs contractants soit à titre principal (sites internet de constructeurs, vendeurs, distributeurs, etc.), soit à titre subsidiaire (comparateurs de prix, etc.), une régulation est d'ores et déjà en place, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. A l'égard de la seconde catégorie en revanche le droit se trouve relativement démuné, alors même que son importance apparaît être de premier plan : une étude récente F.E.V.A.D / C.S.A décrit ainsi les réseaux sociaux comme « un réel lieu de rencontre entre les e-acheteurs et les (leurs) marques »¹⁷¹² : pour 41% des interrogés il s'agit d' « avoir les avis de ma communauté sur des enseignes et produits »¹⁷¹³. Comme tout lien

¹⁷⁰⁹ V. not. ce qui a été dit précédemment à propos du droit de rétractation des consommateurs dans les contrats conclus à distance.

¹⁷¹⁰ V. *Rapport du conseil national de la consommation relatif à la dématérialisation au service de l'information du consommateur*, B.O.D.G.C.C.R.F, 29 avril 2013, n°4.

¹⁷¹¹ V. aussi : M. ROUSTAN, F. LEHUEDE, P. HEBEL, préc., p. 101, qui retiennent une distinction tripartite : vendeurs, intermédiaires, pairs.

¹⁷¹² C.S.A / F.E.V.A.D, « Quelles perspectives pour le e-commerce en 2017 ? », communiqué de presse du 26 janvier 2017.

¹⁷¹³ « Les chiffres clés 2016-2017 », F.E.V.A.D (consulté le 12/10/2017 sur www.fevad.com).

social¹⁷¹⁴, l'intégration de l'individu dans un réseau social produit en effet une influence mimétique qui pourra le conduire à déterminer son désir ou son aspiration par rapport à ce qui serait validé par un autre, perçu comme plus compétent ou plus reconnu par les pairs. La recherche spontanée d'informations apparaît alors comme un facteur d'accroissement des risques externes, dans la mesure où le consentement des contractants pourra se voir déterminé, pour une part plus ou moins importante, et en tout cas assez peu évaluable sur un plan juridique (on est là dans l'ordre des motifs psychologiques)¹⁷¹⁵, par des informations fausses ou biaisées¹⁷¹⁶.

452. Une prévention limitée des risques – Si la nature même de l'information en réseau apparaît limiter les possibilités de régulation, la mise en œuvre du principe de prévisibilité semble néanmoins pouvoir s'effectuer en direction d'une source particulière de risques tenant à la validation par les pairs, à savoir le contrôle de la e-réputation. Il semble en effet possible de proposer une régulation accrue des commentaires et avis¹⁷¹⁷ répercutés par les sources « institutionnelles » d'informations soit à titre accessoire (sites internet des marques, vendeurs, distributeurs, etc.), soit même à titre principal (comparateurs en ligne), dont certains apparaissent souvent rédigés par les professionnels eux-mêmes ou leurs proches, contribuant ainsi à fausser la détermination du consentement des futurs contractants en quête d'informations. En 2013, l'Association française de normalisation (A.F.N.O.R) a publié la norme NF Z74-501 destinée à normaliser les processus de *collecte*, de *modération* et de *restitution* des avis de consommateurs diffusés sur le site internet de l'entreprise¹⁷¹⁸. La loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 a d'ailleurs codifié un certain nombre d'obligations inspirées de cette norme : « toute personne physique ou morale dont l'activité consiste, à titre principal ou accessoire, à collecter, à modérer ou à diffuser des avis en ligne provenant de consommateurs est tenue de délivrer aux utilisateurs une information *loyale, claire et*

¹⁷¹⁴ V. not. R. GIRARD, *Mensonge romantique et vérité romanesque*, Hachette, coll. Pluriel, 2011 ; C. ORSINI, *La pensée de René Girard*, Paris, Retz, 1986.

¹⁷¹⁵ Une étude a ainsi montré que 80 % des acheteurs en ligne tenaient compte de ces avis, 68 % des répondants déclarant faire confiance aux opinions postées par d'autres consommateurs (source : www.economie.gouv.fr ; V. aussi F. LEHUEDE, « L'internet participatif redonne confiance aux consommateurs », *Consommation et modes de vies (CREDOC)*, n°222, juin 2009, qui cite le chiffre de 66%).

¹⁷¹⁶ J-M BRUGUIERE, « Fasc. 620 : La protection de l'entreprise sur les réseaux sociaux », *Juriscl. Communication*, mars 2016, n°39 ; L. ARCELIN, « Fasc. 793 : PUBLICITÉ . – Supports publicitaires », *Juriscl. Concurrence – Consommation*, sept. 2016, n°74.

¹⁷¹⁷ V. par ex. : Paris, 10 Mai 2017, n° 14/13330 dans une affaire mettant en cause la société Nespresso pour dénigrement de produits concurrents au moyen de supposés faux avis de consommateurs.

¹⁷¹⁸ Une transposition au niveau international (norme en projet ISO/DIS 20488 « *Avis en ligne de consommateurs – Principes et exigences portant sur les processus de collecte, modération et restitution des avis* ») devrait intervenir courant 2018 sous l'impulsion de la France qui assure la présidence du Comité technique du projet (V. sur : www.normalisation.afnor.org).

transparente sur les modalités de publication et de traitement des avis mis en ligne »¹⁷¹⁹. Néanmoins l'application de cette norme demeure seulement volontaire, hormis les obligations reprises par l'article L. 111-7-2 du code de la consommation, alors même que la normalisation des pratiques serait de nature à permettre une certification de la fiabilité de l'information et donc son utilité pour les futurs contractants.

453. *Rendre obligatoire l'application de la norme NF Z74-501* – Il semble que, nonobstant l'impossibilité manifeste du droit à opérer une régulation efficace de l'ensemble de l'information disponible sur internet, la mise en œuvre d'une prévention efficace des risques trouvant leur source dans les atteintes à l'e-réputation des entreprises pourrait passer *a minima par une consécration légale du caractère obligatoire de la norme NF Z74-501* dans le champ *rationae personae* défini par l'alinéa 1^{er} de l'article L. 111-7-2 du code de la consommation.

454. *Conclusion de la sous-section 2 relative à l'isolement du contrat vis-à-vis des tiers* – Si le risque que représentent les interférences des tiers *dans la relation contractuelle* est pris en compte de longue date par le droit positif, il apparaît que l'ordonnance du 10 février 2016 est restée relativement en retrait sur la question de la mise en œuvre de la responsabilité d'un contractant par un tiers souffrant d'une inexécution. Sur ce point, la prévisibilité contractuelle conduit à mettre en place *un système d'option entre les deux ordres de responsabilité, à la condition que le tiers soit soumis aux limitations conventionnelles de responsabilité s'il agit sur un fondement contractuel*. Le texte retenu par l'article 1234 du *Projet de réforme de la responsabilité civile* de mars 2017 semble dès lors parvenir à un équilibre satisfaisant pour préserver la prévisibilité des situations de chacun.

Par ailleurs, l'existence d'interférences *indirectes* pouvant avoir lieu *en amont de la conclusion du contrat* en raison du développement des nouveaux canaux d'informations que sont Internet et les réseaux sociaux apparaît être une problématique en attente de régulation efficace. Le foisonnement de l'information sur Internet et la difficulté pour le droit d'exercer un contrôle sur leur véracité pourrait néanmoins trouver un début de réponse dans une régulation normalisée des sources « institutionnelles ». *L'imposition obligatoire de la norme NF Z74-501 permettrait ainsi d'offrir une certaine régulation du processus de génération d'une part significative de ces informations, de façon à garantir l'accès des futurs contractants à une information utile, condition d'une prévisibilité des risques contractuels*¹⁷²⁰.

¹⁷¹⁹ Article L. 111-7-2 alinéa 1 du code de la consommation.

¹⁷²⁰ Cf. *supra* n°123 et s.

455. Conclusion de la section 1 relative à la prévention du risque personnel – La confrontation du droit positif avec l'exigence de prévisibilité contractuelle apparaît contrastée, faites tout à la fois d'avancées remarquables et de lacunes, tant en ce qui concerne la régulation du risque interne qu'externe au contrat. La mise en œuvre d'un principe directeur de prévisibilité pourrait conduire à réévaluer la pertinence de certaines solutions et à proposer certaines améliorations de mécanismes qui laissent perdurer des incertitudes néfastes. Cette mise en cohérence pourrait se faire autour de deux axes : *la réciprocité du critère de prévisibilité* et *l'accentuation de l'encadrement légal*.

La réciprocité du critère de prévisibilité devrait conduire à ne plus fonder la régulation sur la seule considération d'une disproportion de force des parties, au risque de créer une situation imprévisible pour le cocontractant de la partie protégée (parfois au nom même de la prévisibilité). Ainsi apparaît-il souhaitable d'instaurer un délai légal de caducité de l'offre en l'absence d'éléments suffisants pour fonder l'existence d'un délai raisonnable qui soit prévisible pour le destinataire comme pour l'offrant, ou encore de réformer le droit de rétractation qui, dans certains contrats de consommation, contribue à créer, au détriment du professionnel, une incertitude difficilement justifiable.

L'accentuation de l'encadrement légal devrait quant à elle conduire d'une façon générale à réévaluer le recours à certains standards juridiques dont le contenu normatif apparaît par trop indéterminable et fait ainsi peser un risque de nature judiciaire sur le contrat. Le cas de l'encadrement de la formation du contrat entre absents apparaît de ce point de vue symptomatique et appelle d'une part une précision légale du critère du mode de détermination du délai « raisonnable » d'irrévocabilité et de caducité. Il apparaît en outre nécessaire d'accroître la régulation des influences indirectes des tiers en amont de la conclusion du contrat, notamment par le biais d'une régulation plus contraignante des nouveaux canaux d'information que sont Internet et les réseaux sociaux.

Alors qu'une régulation des risques par une contrainte des comportements imprévisibles des sujets de droit apparaît possible, sous réserve de la réévaluation de certaines dispositions du droit positif, la prévention du risque normatif semble pour sa part beaucoup moins évidente.

Section 2 : La prévention du risque normatif

456. Introduction – Le contrat peut être défini comme une norme¹⁷²¹ appelée à s'insérer dans un contexte lui-même composé d'autres normes qui vont évidemment présenter des points d'interaction avec les prévisions qu'il porte. Cette interaction jouera évidemment le plus souvent à son détriment dans la mesure où la confrontation s'avère structurellement déséquilibrée : le droit s'impose par principe au contrat, alors que par principe le contrat ne peut prétendre contraindre le droit.

Le risque normatif, quoi que trouvant sa source dans l'activité de personnes juridiques, apparaît constituer une limite à l'action régulatrice du droit pour éliminer le risque qu'il porte. Un certain nombre de solutions existent pourtant d'ores et déjà pour réguler le risque normatif dans son volet légal (article 2 du Code civil)¹⁷²², faisant apparaître néanmoins une imprévisibilité *résiduelle* qui semble difficilement surmontable. A la différence de la loi, l'imprévisibilité de la jurisprudence apparaît comme *structurelle* et son effet néfaste sur le contrat est régulièrement dénoncé. Or il ne semble possible de réguler le risque jurisprudentiel qu'à deux conditions : la première étant d'admettre qu'elle est bien une source de droit, et la seconde, une fois déterminée son intégration dans la hiérarchie des normes, de la soumettre à un principe d'essence supérieure qui, en matière contractuelle du moins, pourrait fixer les termes de sa prévisibilité à travers des mécanismes de régulation souple, à défaut de poursuivre une certitude illusoire qui reviendrait à interdire purement et simplement les revirements ce qui serait contraire à la nature même de la fonction judiciaire. Sur ce point précis – et nonobstant les limites évoquées – il semble bien que la consécration de la prévisibilité au rang de principe directeur puisse constituer un réel apport au débat doctrinal.

457. Annonce du plan – La prévention du risque normatif apparaît donc possible, quoi que contrainte par la nature même de ses sources : certains mécanismes permettraient en effet d'isoler le contrat du risque (**sous-section 1**), et d'opérer une intégration dans le contrat du risque jurisprudentiel (**sous-section 2**).

¹⁷²¹ Cf. *supra* n°136 et s.

¹⁷²² Cf. *supra* n°143 et s.

Sous-section 1 : L'isolement du contrat du risque légal

458. Introduction – La prise de conscience du risque insupportable qui pèserait sur les sujets de droit en raison de l'imprévisibilité normative est ancienne. PORTALIS, déjà, la dénonçait en ces termes : « c'est un principe général que les lois n'ont point d'effet rétroactif. [...] L'office des lois est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir. Partout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. [...] les lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent. [...] Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure ? ». La consécration ancienne¹⁷²³ du principe de non rétroactivité des lois et du principe de survie de la loi ancienne s'appliquant aux effets à venir des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle constitue une base minimale sur laquelle il conviendra de s'appuyer, une fois constaté l'imprévisibilité résiduelle de la norme légale (§1), pour mettre en œuvre les conditions d'une prévisibilité de l'environnement légal (§2).

§1 : L'imprévisibilité résiduelle de la norme légale

459. Une production législative souvent imprévisible – Malgré les efforts récents des pouvoirs publics, l'imprévisibilité du droit, et en particulier du droit légiféré, est une réalité en France¹⁷²⁴, et elle représente un coût qui pèse sur la rentabilité des investissements. Dans son *Rapport* de 2006, le Conseil d'Etat confirmant ce diagnostic, affirmait avec force que « le désordre et l'instabilité du droit appellent une politique énergique visant à ralentir un emballement normatif préjudiciable aux citoyens, aux entreprises et à la crédibilité même de l'action politique ». Il nous semble possible d'identifier deux facteurs d'imprévisibilité de la loi, chacun appelant une réponse distincte de la part des pouvoirs publics...

460. Premier facteur d'imprévisibilité : l'élaboration de la loi – L'on reproche souvent en effet aux lois l'obscurité de leurs dispositions ou la complexité des mécanismes juridiques

¹⁷²³ Article 2 du Code civil.

¹⁷²⁴ V. par ex. les griefs exposés par J. CARTWRIGHT, *in*. « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015.691.

qu'elles portent. Or ces deux caractéristiques constituent un obstacle majeur pour la mise en œuvre de l'objectif de prévisibilité du droit.

L'obscurité de la loi peut résulter de facteurs internes à celle-ci : complexité du vocabulaire, des mécanismes juridiques institués, des procédures, etc. Mais elle peut aussi être structurelle : ce n'est plus alors l'obscurité d'un texte qui est visée, mais celle qui résulte de son insertion dans un ensemble de textes, en raison notamment de leur nombre ou de la confusion de leurs interactions¹⁷²⁵. Il semble que ces problèmes fassent l'objet d'une prise de conscience récente des pouvoirs publics¹⁷²⁶, dont il conviendra d'évaluer les retombées. L'émergence récente du principe de sécurité juridique impose notamment que « [...] les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». Or l'imprévisibilité ne saurait, contrairement à ce que laisse penser cette formulation, être assimilée à la seule « tension temporelle » de la norme légale : bien au contraire stabilité, intelligibilité, clarté, *ne sont in fine que les conditions de mise en œuvre d'un seul et même objectif global de prévisibilité*¹⁷²⁷. De nombreuses propositions ont été faites, tant par des acteurs privés¹⁷²⁸ que publics¹⁷²⁹, en matière de simplification de l'environnement juridique et fiscal des entreprises que l'on ne pourra qu'approuver, sans pour autant les examiner ici, puisqu'il s'agit avant tout d'une question de légistique qui dépasse le champ de notre sujet centré sur le seul droit des contrats.

461. Deuxième facteur d'imprévisibilité : l'application de la loi – Tout autre est la question *de la loi applicable au contrat* : non seulement la norme doit permettre d'anticiper ce que sera

¹⁷²⁵ Sur ce point l'on ne pourra que relever le paradoxe existant entre les intentions louables du législateur en matière de prévisibilité et plus largement de sécurité juridique, telles qu'elles résultent du *Rapport au Président de la République*, et l'aspect quelque peu cahotique de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016, qui, à l'occasion de sa ratification par le Sénat, est susceptible de se voir remise en cause en certains de ses aspects essentiels (cf. Projet de loi n°23 du 11 octobre 2017 *ratifiant l'ordonnance n°2016 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* – Texte de la Commission des lois), alors même qu'elle constitue d'ores et déjà le droit positif pour les acteurs économiques et pour le juge. V. par ex. : Soc. 21 septembre 2017, n°16-20103, où la haute juridiction fait une « application anticipée » de la réforme (D. MAZEAUD, « Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale », *D.2017.2007*)... A l'heure où nous achevons cette étude, soit plus d'un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, il n'est donc pas possible de savoir quel sera l'état du droit positif une fois l'ordonnance passée au Sénat...

¹⁷²⁶ V. par ex. la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 *relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures*. Un autre signe de cette prise de conscience des pouvoirs publics est le lancement le 20 septembre 2017 par le Président de l'Assemblée nationale des « Rendez-vous des réformes 2017-2022 pour une nouvelle Assemblée nationale », dont l'un des objectifs énoncé est entre autres de réfléchir sur les évolutions rendues nécessaires par la « démocratie numérique » et les « nouvelles formes de participation citoyenne » (www2.assemblee-nationale.fr, consulté le 25/09/2017).

¹⁷²⁷ Cf. *supra* n°228 et s.

¹⁷²⁸ L'on citera par exemple le rapport *Simplifier l'environnement réglementaire des entreprises : une urgence pour la croissance française*, de la C.C.I Paris-Ile de France (2011).

¹⁷²⁹ Par exemple la mise en place en 2008 d'une *Commission consultative d'évaluation des normes* (C.C.E.N.).

la mise en application des mécanismes juridiques qu'elle porte, mais cette application elle-même peut constituer un risque imprévisible pour les parties lorsqu'elle intervient comme un changement important au sein de l'état du droit qui avait été pris en considération lorsque les prévisions contractuelles ont été formées. Le principe en la matière fut fixé dès l'origine du Code civil, en son article 2, qui dispose de la non-rétroactivité des lois, nonobstant leur application immédiate aux situations en cours.

Cette mesure est l'une des grandes manifestations, et peut-être même la plus ancienne, du souci de prévisibilité qui anime le droit français. Elle apparaît pourtant insuffisante dans la mesure où la valeur de la règle, en dehors du champ du droit pénal¹⁷³⁰, n'a pas rang constitutionnel¹⁷³¹, ce qui autorise le législateur à y déroger lorsqu'il l'estime nécessaire¹⁷³². Ainsi par exemple « aucun principe ou règle à valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce qu'une disposition fiscale ait un caractère rétroactif »¹⁷³³. Il pourra le faire de manière expresse, tout comme sous le couvert d'une loi interprétative, dont on va considérer qu'elle « fait corps avec la loi ancienne dont elle n'est qu'un prolongement. Aussi bien, la jurisprudence décide-t-elle que la loi interprétative doit être considérée comme ayant été obligatoire dès le jour où la loi qu'elle a pour mission d'interpréter était elle-même devenue applicable »¹⁷³⁴. Cela ne devrait poser aucune difficulté majeure sur le plan de la protection des droits et de la prévisibilité si une telle loi ne venait rien ajouter ni retrancher à la règle interprétée¹⁷³⁵. Pourtant, l'on se heurte ici au même problème que celui que l'on évoquera plus en ce qui concerne la jurisprudence¹⁷³⁶ : *par nature l'interprétation est créatrice*, et donc, en l'occurrence, normative¹⁷³⁷, et dès lors la loi interprétative, tout comme *a fortiori* la loi de validation, sont-elles le support de risques imprévisibles pour les justiciables.

¹⁷³⁰ L. BACH, « Conflits de lois dans le temps », *in*. Rép. dr. civ., Dalloz, 2006 (à jour : juin 2016), n°188.

¹⁷³¹ V. not. : C. constit. 22 juillet 1980, DC n°80-119, D.1981.356 ; JCP 1981.II.19603 ; C. constit. 7 novembre 1997, DC n°97-391.

¹⁷³² L. BACH, préc., n°191.

¹⁷³³ C. constit. 29 décembre 1984, DC n°84-184 et 84-186 ; C. constit. 29 décembre 1986, DC n°86-223 : Rec. p.184 ; C. constit. 18 décembre 1998, DC n°98-404. Sur cette question : O. FOUQUET, « La rétroactivité des lois fiscales », *Rev. adm.* 1994.140.

¹⁷³⁴ L. BACH, préc., n°208.

¹⁷³⁵ Civ. 3, 27 février 2002, n°00-17902 : « qu'une loi ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses ».

¹⁷³⁶ Cf. L. BACH, préc., p. 228, qui évoque ce rapprochement.

¹⁷³⁷ L. BACH, préc., n°215.

462. Insuffisance du principe de survie de la loi ancienne en droit des contrats – En matière contractuelle¹⁷³⁸, le principe de non-rétroactivité se double d'un mécanisme d'isolement relatif du contrat en vertu du principe de survie de la loi ancienne¹⁷³⁹ : tout le temps de l'exécution du contrat continuera à être régi par la loi en vigueur lors de sa conclusion¹⁷⁴⁰. Les explications données à cette solution sont diverses¹⁷⁴¹, mais il est possible de considérer que « la survie de la loi ancienne est commandée par la nature même de cet acte juridique qu'est le contrat. Le contrat est un *acte de prévision*. Lorsqu'ils passent un contrat dont l'exécution doit être d'une certaine durée, les contractants ne le concluent qu'en considération de ses effets pendant toute cette durée c'est-à-dire jusqu'à complète exécution [...]. Il ne serait pas juste de modifier l'aménagement que les parties ont volontairement choisi, en leur faisant application de lois nouvelles. La sécurité des contrats interdit une telle solution »¹⁷⁴². Pour dire les choses autrement, un auteur, à propos de la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au droit des contrats, relevait la spécificité du contrat par rapport aux autres situations juridiques : « d'ordinaire, le Conseil veille au respect d'une liberté constitutionnelle marquée par une activité particulière, par exemple l'activité d'entreprendre avec la liberté d'entreprendre, l'activité d'écrire ou de parler avec la liberté d'expression, l'activité d'enseigner avec la liberté d'enseignement, etc. Toutes ces activités, toutes ces libertés, épuisent leurs effets dans la réalisation de cette activité. Pour le dire autrement, elles sont "immédiates". Or, le contrat n'est pas une activité immédiate, il se singularise par un écoulement du temps. Lorsque deux individus contractent, non seulement leur puissance normative prend corps dans l'instant même où ils signent le contrat, mais également dans la durée du lien contractuel. Si

¹⁷³⁸ Mais pas seulement : c'est aussi le cas en matière successorale (les successions sont régies par la loi en vigueur au jour du décès), et en matière de régimes matrimoniaux par assimilation avec le contrat : « dans la conception traditionnelle de la jurisprudence, ont une nature contractuelle non seulement les conventions expressément conclues entre les époux, mais encore les dispositions légales qu'ils sont présumés avoir adoptées. Ainsi lorsque les époux n'ont pas fait de contrat de mariage, le régime de droit commun en vigueur lors de la célébration du mariage constituerait pour eux un véritable contrat fondé sur leur volonté présumée, de sorte qu'une loi nouvelle qui modifierait ce régime de droit commun ou qui le remplacerait par un régime différent ne porterait aucune atteinte à leurs droits respectifs, tels qu'il se trouveraient réglés par la loi ou la coutume sous l'empire de laquelle ces époux auraient été mariés » (L. BACH, *op. cit.*, n°552).

¹⁷³⁹ Le fondement juridique de cette règle est mal défini en jurisprudence : certaines décisions en font l'une des applications du principe de non-rétroactivité, alors que d'autres distinguent l'application immédiate de la non-rétroactivité : Com. 26 février 1991, Bull. IV, n°86.

¹⁷⁴⁰ Cass. civ. 27 mai 1861 : DP 1861.244 ; S. 1861.1.507.

¹⁷⁴¹ Cf. *supra* n°143.

¹⁷⁴² L. BACH, *préc.* n°579. Cela explique que le même principe de survie de la loi ancienne s'applique en matière de régimes matrimoniaux, y compris lorsque les époux n'ayant pas adopté un régime conventionnel, se trouvent soumis à celui, par défaut, de la communauté réduite aux acquêts. Par une sorte de contorsion intellectuelle, on a alors cherché à expliquer cette solution par l'existence d'un contrat présumé, alors que s'agissant plus évidemment d'un statut légal, la solution de l'application immédiate devrait prévaloir ! V. aussi : n°552 et s.

bien que, si une loi venait à briser ce lien contractuel, elle contredirait nécessairement la liberté de créer un contrat »¹⁷⁴³.

Pourtant ce mécanisme d'isolement légal du contrat s'avère insuffisant puisqu'à l'instar du principe de non rétroactivité, le principe de survie de la loi ancienne n'a qu'une valeur simplement légale¹⁷⁴⁴, et de ce fait, tant le législateur lui-même que le juge peut passer outre pour appliquer aux contrats en cours des dispositions légales nouvelles¹⁷⁴⁵ : en droit du travail¹⁷⁴⁶, en présence d'une loi modifiant les effets légaux du contrat¹⁷⁴⁷, ou les modes d'exercice des droits nés d'un contrat... Un auteur remarquait ainsi que « sans être entachée de rétroactivité, *cette jurisprudence fait bien peu cas des prévisions des contractants* et soumet les effets du contrat à des lois différentes. En outre, *ses solutions sont difficiles à mettre en œuvre de façon prospective* car le critère de la distinction entre les effets légaux du contrat et les effets contractuels de celui-ci reste à préciser, sinon à découvrir »¹⁷⁴⁸. Autant dire que non seulement la porosité de la règle dont on pouvait pourtant attendre un isolement efficace de principe du contrat quant aux variations de la norme légale ne permet pas de garantir aux contractants une stabilité complète – et donc la prévisibilité – de l'état du droit amené à régir leur relation, mais en outre, ce qui est peut-être plus grave encore, *le critère de cette porosité étant en réalité soumis à l'appréciation judiciaire – donc en phase contentieuse seulement – il ne leur sera pas possible non plus d'anticiper le risque de voir la loi nouvelle être appliquée par le juge à leur relation contractuelle en cours*¹⁷⁴⁹.

¹⁷⁴³ P-Y GAHDOUN, préc., p. 52.

¹⁷⁴⁴ C. constit. 4 juillet 1989, DC n°89-254 : D.1990.209, note F. LUCHAIRE : les députés qui avaient saisi le Conseil de l'examen de la conformité à la Constitution de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations faisaient justement valoir que le principe de non rétroactivité (en l'occurrence il s'agissait plus ici d'une application immédiate de la loi nouvelle aux situations contractuelles en cours...) était, en matière contractuelle, un principe de valeur constitutionnelle s'appuyant à la fois sur un principe fondamental reconnu par les lois de la République et l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, ce qu'a refusé le Conseil constitutionnel au motif que : « en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution ».

¹⁷⁴⁵ V. L. BACH, préc., n°568 et s. qui cite de nombreux exemples de décisions, dont celles que nous reproduisons dans les notes *infra*.

¹⁷⁴⁶ V. par ex. : Soc. 12 juillet 2000, Bull. V, n°278.

¹⁷⁴⁷ V. par ex. : Civ. 3, 13 juin 1990, n°88-19228 : D.1990.465, note P. DUBOIS ; Civ. 3, 4 avril 2001, n°99-15451, Bull. civ. III, n°47 ; Civ. 3, 26 mars 2003, n°01-01281, Bull. civ. III, n°70 : *Rev. dr. immo.* 2003.261, obs. B. B.

¹⁷⁴⁸ L. BACH, préc., n°575. Nous soulignons.

¹⁷⁴⁹ *Idem*, n°563 : « [...] on ne saurait être trop prudent dans l'affirmation des solutions, tant il est vrai que la jurisprudence dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il lui faut choisir entre l'application immédiate et générale de la loi nouvelle et la survie de la loi ancienne ».

463. Application immédiate pour motif d'ordre public – La jurisprudence écartera notamment¹⁷⁵⁰ le principe de survie de la loi ancienne lorsque la loi nouvelle présente un caractère d'ordre public, dans une mise en balance de l'intérêt particulier et de l'intérêt général, nécessairement défavorables aux contractants¹⁷⁵¹. Ainsi a-t-il été jugé que « l'ordre public social impose l'application immédiate *aux contrats de travail en cours et conclus avant leur entrée en vigueur* des lois nouvelles ayant pour objet d'améliorer la condition ou la protection de salariés »¹⁷⁵². S'il paraît à première vue limiter les hypothèses de remises en cause de l'état du droit qui prévalait lorsque le contrat a été conclu¹⁷⁵³, il semble pourtant que ce critère soit déficient, dans la mesure où en l'absence d'indication explicite en ce sens du législateur, *c'est au juge qu'il reviendra de déterminer si le degré de l'ordre public qui assortit la disposition légale justifie en opportunité son application immédiate* : « c'est notamment ce qui se passe lorsque le juge estime que la nécessaire uniformité des situations contractuelles justifie que le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle efface celui de la survie de la loi ancienne »¹⁷⁵⁴. A l'inverse « la solution de la survie de la loi ancienne, qui consiste dans le maintien de l'applicabilité d'une loi ancienne, plus précisément dans le maintien de l'applicabilité d'une norme (législative ou contractuelle) ancienne, après la date d'applicabilité d'une norme législative nouvelle, ne peut procéder et ne procède effectivement pour l'interprète, en l'absence d'indication de la part du législateur sur la solution à adopter, que d'un jugement d'opportunité sur le point de savoir si la sécurité des sujets de droit fondée sur les légitimes prévisions de ceux-ci, face à l'intérêt général, commande ou non le maintien de la loi ancienne »¹⁷⁵⁵. L'on voit bien alors que la mise en balance évoquée consistera à apprécier d'une part le désavantage de l'imprévisibilité qui résulterait de l'application de la loi nouvelle pour les contractants, et d'autre part l'avantage qu'il y aurait pour l'intérêt général à laisser les contractants subir cette imprévisibilité... Il convient donc de proposer certains mécanismes d'isolement du contrat, de façon à assurer, sans pour autant supprimer le risque législatif, une prévisibilité de son application aux contrats en cours.

¹⁷⁵⁰ Sur l'hypothèse d'un fondement à rechercher dans l'existence d'un « statut légal » cf. L. BACH, préc., n°583 et s. (critique).

¹⁷⁵¹ V. H. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n°148 : « la sécurité des particuliers cède devant l'intérêt social ».

¹⁷⁵² Soc. 12 juillet 2000, Bull. civ. V, n°278. Nous soulignons.

¹⁷⁵³ V. par ex. : Cons. Constit. 13 janvier 2000, DC n°99-423, *Rec.* p. 33 : D.2001.1837, obs. V. BERNAUD, qui censure la rétroactivité de certaines dispositions de la loi relative à la réduction négociée du temps de travail (dite *loi « AUBRY II »*), en l'absence d'« un motif d'intérêt général suffisant ».

¹⁷⁵⁴ X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique (1) », D.2006.678, n°3.

¹⁷⁵⁵ L. BACH, préc., n°585. Nous soulignons.

§2 : La mise en œuvre d'une prévisibilité de l'environnement légal

464. Mise en œuvre du principe de prévisibilité contractuelle – La protection du contrat assurée par l'article 2 du Code civil et le principe de survie de la loi ancienne doit être renforcée, et il nous semble que la solution devrait s'articuler autour d'un principe clair que l'on pourrait désigner sous l'expression du *maintien de la légalité acquise* (**A**), qui aurait vocation à interdire tout à la fois la rétroactivité et l'application de la loi nouvelle aux effets à venir des contrats en cours, et de certaines exceptions, à la condition qu'elles soient strictement limitées, et délimitées avec précision (**B**).

A) La consécration d'un principe constitutionnel de maintien de la légalité acquise

465. La protection constitutionnelle de la stabilité du droit en question... – Le principe de sécurité juridique tel que révélé à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, et tel que défini par le Conseil d'Etat depuis 2006 peut être ramené à la seule notion de *prévisibilité* : l'intelligibilité, la clarté et la stabilité du droit concourent en effet à ce seul objectif. En ce qui concerne la stabilité du droit, la mise en œuvre d'une prévention du risque devrait donc passer par *l'interdiction des interventions législatives venant heurter ce qui avait pu être légitimement prévu au vu de l'état du droit en vigueur au moment où lesdites prévisions ont été formées*. De ce point de vue, il ne semble pas qu'il soit réellement utile de distinguer la formation du contrat de son exécution, ou pour être plus précis – en laissant de côté le cas de la rétroactivité absolue qui consisterait à remettre en cause des situations contractuelles achevées – de distinguer la formation et les effets passés des contrats en cours de ses effets restant à intervenir après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle... En effet, la prévision contractuelle (qui se constitue essentiellement lors de la formation du contrat, mais pas seulement) n'a de raison d'être que dans un élan de la volonté normatrice vers l'avenir, et sur ce point la doctrine qui entendait justifier la survie de la loi ancienne en concentrant au moment de la formation du contrat l'ensemble de ses effets nous paraît avoir une valeur explicative non négligeable¹⁷⁵⁶. Un auteur disait ainsi que « le contrat n'est pas une activité immédiate, il se singularise par un écoulement du temps. Lorsque deux individus contractent, non seulement leur puissance normative prend corps dans l'instant même où ils signent le contrat, mais également dans la

¹⁷⁵⁶ Cf. *supra* n°143.

durée du lien contractuel. Si bien que, si une loi venait à briser ce lien contractuel, elle contredirait nécessairement la liberté de créer un contrat »¹⁷⁵⁷. L'on peut ainsi considérer qu'eu égard à cette nature particulière, et en se plaçant du point de vue de ceux qui se sont liés dans le contrat, la question de la rétroactivité et celle de l'application immédiate sont deux aspects d'un seul et même problème.

Or le principe de liberté contractuelle, qui implique que les individus sont libres de nouer entre eux des relations contractuelles auxquelles le droit reconnaît une efficacité et accorde sa sanction, dès lors que sont respectées par eux les limites définies par l'ordre public, est désormais consacré par le Conseil constitutionnel comme un droit à valeur constitutionnelle découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme¹⁷⁵⁸. Dès lors une loi qui viendrait *a posteriori* remettre en cause cette relation, *dans toute sa dimension temporelle* – et peu importe que l'effet précis subissant l'atteinte prenne place avant ou après son entrée en vigueur puisqu'il tire de toute façon sa légalité de sa conformité initiale aux règles en vigueur – pourrait sembler atteindre systématiquement ce principe constitutionnel¹⁷⁵⁹...

466. Réticences du Conseil constitutionnel – C'est pourtant une position plus modérée qu'a adoptée le Conseil constitutionnel, qui ne semble pas opter pour un tel caractère systématique de l'atteinte à la liberté contractuelle : ainsi décidait-il, dans une décision du 10 juin 1998¹⁷⁶⁰ rendue à propos de la loi « *AUBRY I* » relative à la réduction du temps de travail, 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 ». De fait, « en inscrivant la sûreté au rang des droits de l'homme, l'article 2 de la Déclaration de 1789 *n'a pas interdit au législateur d'apporter, pour des motifs*

¹⁷⁵⁷ P-Y GAHDOUN, préc., p. 52.

¹⁷⁵⁸ Cons. const. 13 juin 2013, DC n°2013-672 (rendue à propos de la loi relative à la sécurisation de l'emploi) : *JCP G* 2013.929, note J. GHESTIN ; *RTDCiv.*2013.832, obs. H. BARBIER ; *D.*2014.1516, pan. N. JACQUINOT, A. MANGIAVILLANO. V. aussi antérieurement : Cons. const. 14 mai 2012, QPC n° 2012-242 ; Cons. const. 17 janv. 2013, n° 2012-660 DC ; Cons. constit. 19 décembre 2000, DC n°2000-437 : *Rec.* p. 176 ; *D.*2001.1766, obs. D. RIBES ; *RTDCiv.*2001.229, obs. N. MOLFESSIS. V. cependant *contra* : Cons. constit. 3 août 1994, DC n°94-348 : *Rec.* p. 117 ; *D.*1996.45, obs. X. PRETOT ; *ibid.* 1995.344, obs. F. MELIN-SOUCRAMANIEN ; *ibid.* p. 351, obs. P. GAIA ; *RTDCiv.*1996.151, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

¹⁷⁵⁹ P-Y GAHDOUN, préc. : « cette protection de la « pérennité contractuelle » doit se lire comme un prolongement indispensable de la liberté de création des conventions : dès l'instant où les individus nouent des relations sur la base d'un contrat, ils produisent une norme gouvernant leur rapport juridique pendant un certain temps. Il arrive que cette norme juridique épuise ses effets de façon instantanée, [...] et dès lors que les deux obligations sont remplies, le rapport normatif disparaît aussitôt. Mais dans beaucoup d'autres cas, l'exécution des obligations s'étale dans le temps si bien que la liberté de créer la convention trouve un écho primordial dans le bon déroulement du rapport contractuel [...]. En réalité, la formation et l'exécution du contrat sont les deux faces d'une même médaille : la liberté contractuelle ».

¹⁷⁶⁰ Cons. const. 10 juin 1998, DC n° 98-401 : *Rec.* p. 258 ; *AJDA* 1998.540 ; *ibid.* 495, note J.-E. SCHOETTL ; *D.*2000.60, obs. L. FAVOREU ; *RTDCiv.*1998.796, obs. N. MOLFESSIS ; *ibid.* 1999.78, obs. J. MESTRE.

d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution »¹⁷⁶¹. Cette modération se trouve confirmée dans la décision du 13 juin 2013 : « la liberté contractuelle n'est ainsi reconnue et protégée qu'à la mesure de la nécessité et la proportionnalité des atteintes qui lui sont portées dans un but d'intérêt général, avec toute la marge de manœuvre du législateur que cela comporte »¹⁷⁶².

467. Pour une constitutionnalisation du maintien de la légalité acquise – Il semblerait néanmoins *souhaitable* et *possible* de consacrer un principe constitutionnel de maintien pour les contractants du bénéfice de la légalité acquise, à l'instar de ce qui a été fait de longue date en matière pénale. Cela apparaît *souhaitable* d'une part en opportunité pour l'ensemble des raisons précédemment évoquées. Mais de manière plus générale, il semble que le principe de protection de la confiance légitime, promu avec opiniâtreté par les juridictions européenne et communautaire depuis plusieurs décennies, et contre lequel les juridictions administratives françaises semblent mener un combat d'arrière-garde, va dans le sens de l'Histoire et s'imposera tôt ou tard. Or il vaudrait mieux pour le droit français s'en emparer dès à présent pour l'intégrer soi-même harmonieusement au sein de notre système juridique, plutôt que de se le voir imposer au détour d'une condamnation comme ce fut pour d'autres si souvent le cas. Or sous cet aspect subjectif, « l'impératif de sécurité juridique conduit à considérer que, les parties au contrat ayant contracté en fonction d'un certain état du droit, elles ne doivent pas voir leurs prévisions déjouées par un changement de législation ultérieure, car le commerce a besoin d'un minimum de prévisibilité »¹⁷⁶³.

Cela paraît en outre *possible* dès à présent au seul prix d'un revirement de sa jurisprudence par le Conseil constitutionnel, qui a déjà reconnu dans sa décision de 2013, valeur constitutionnelle au principe de liberté contractuelle. Or la rétroactivité, tout comme l'application immédiate, portant atteinte à celle-ci, il serait possible en s'appuyant sur ce fondement de constitutionaliser par principe un droit au maintien de la légalité acquise *qui, tout à la fois, interdirait toute forme de rétroactivité en matière contractuelle, et isolerait radicalement tout contrat en cours des effets de la loi nouvelle*. Il va de soi néanmoins qu'une telle mesure devrait cohabiter avec des exceptions rendues nécessaires par l'activité législative elle-même et la nécessité de toujours faire prévaloir l'intérêt général dont est garant le législateur sur les intérêts particuliers, fussent-ils ceux de contractants...

¹⁷⁶¹ Cons. constit. 4 juillet 1989, DC n°89-254 (nous soulignons): D.1990.209, note F. LUCHAIRE.

¹⁷⁶² H. BARBIER, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTDCiv.*2013.833.

¹⁷⁶³ F. POLLAUD-DULIAN, « A propos de la sécurité juridique », *RTDCiv.*2001.492.

B) L'admission d'exceptions strictement limitées

468. Exclusion de toute forme de rétroactivité – Concernant la rétroactivité de la loi en matière civile, le principe de prévisibilité s'oppose résolument à ce qu'elle puisse exister dans le domaine du droit des contrats tant sur les effets passés d'une situation toujours en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, qu'a fortiori sur les situations achevées sous l'empire de la loi ancienne. En effet, au moment où de tels effets se sont produits, leur conformité manifeste à la législation alors en vigueur ne permettait pas d'anticiper qu'un changement de celle-ci les rendrait en réalité illégaux quelques temps plus tard.

Le recours à la prévisibilité comme fondement de la solution semble cependant présenter un certain danger... Il est apparu en effet que le critère commandant la mise à l'écart du risque était son imprévisibilité¹⁷⁶⁴ : ne suffirait-il pas alors de démontrer que le changement dans la législation pouvait être anticipé pour, *a contrario*, justifier son application ? L'on pourrait alors suggérer de ne voir là qu'une présomption simple pouvant être renversée dès lors que – en sens inverse – un cocontractant intéressé ou même les pouvoirs publics parviendraient à rapporter la preuve que celui qui se prévaut de la situation achevée contre la loi nouvelle avait en réalité *si ce n'est anticipé le risque, du moins été en mesure de le faire* au regard d'un standard du raisonnable qui est celui permettant de caractériser la prévisibilité du risque.

Une telle solution nous paraît dangereuse et inopportune à deux titres. D'une part, elle conduirait à admettre que la loi puisse s'appliquer différemment à des situations passées (c'est-à-dire objectivement comparables) sur la base d'un critère subjectif (en outre éminemment volatil : la connaissance de la possibilité du changement de législation au moment où tel ou tel effet du contrat s'est produit), ce qui pourrait être qualifié de discrimination et exposerait en outre à des débats sans fin sur la preuve. En outre, au sein même de chaque situation, la loi trouverait alors à s'appliquer de façon différenciée, en fonction du moment (difficile à déterminer) où le contractant aurait été en mesure de prévoir le changement de législation, ce qui aurait l'effet pervers de pousser chacun à se maintenir dans l'ignorance, plutôt que de se voir reprocher d'avoir trop été au courant de l'actualité législative ! Sans compter enfin que, toutes choses égales par ailleurs, une telle mesure reviendrait à mettre en vigueur la loi avant sa promulgation et sa publication, qui sont justement, au terme de l'article 1^{er} du Code civil, les conditions nécessaires de l'entrée en vigueur des lois.

¹⁷⁶⁴ Cf. *supra* n°21 et s.

Pour cette raison il convient d'assortir la règle de la non rétroactivité, dès lors qu'on la fonde sur le principe de prévisibilité, d'une *présomption irréfragable d'imprévisibilité* dans tous les cas où une loi nouvelle serait susceptible de se voir appliquée à des faits passés, et de ce fait de l'interdire de façon absolue.

469. Possibilité d'une application immédiate expresse – Concernant l'application immédiate de la loi nouvelle *aux effets à venir des situations contractuelles en cours*, elle constitue actuellement une exception au principe de survie de la loi ancienne. Cette exception doit évidemment être maintenue, quand bien même serait constitutionnalisé un principe du maintien de la légalité acquise, afin de permettre l'harmonisation des situations contractuelles *lorsqu'il en va de la protection d'un intérêt général suffisamment caractérisé*¹⁷⁶⁵. Plusieurs limites doivent néanmoins être posées.

D'une part, *c'est au législateur qu'il revient par principe de le prévoir expressément*¹⁷⁶⁶ : il est l'expression de la volonté démocratique et a, de ce fait, la légitimité théorique pour faire prévaloir l'intérêt général au détriment des intérêts particuliers¹⁷⁶⁷. Il ne pourrait évidemment décider d'une telle application immédiate qu'à la condition d'invoquer un motif d'intérêt général suffisant pour justifier l'atteinte portée à la prévisibilité de la situation des contractants, ce qui devrait imposer un contrôle systématique du texte : soit en amont lors du processus d'édiction de la loi, soit en aval comme moyen de défense par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité soulevée par un plaideur.

En outre, il est désormais acquis que *le législateur ne peut décider de l'application immédiate de la loi aux situations contractuelles en cours sans prévoir des mesures transitoires* de nature à permettre aux contractants susceptibles de se voir appliquer la loi nouvelle de s'adapter pour en éviter au maximum les conséquences néfastes. C'est là tout l'enseignement de la décision *Société KPMG et autres* du Conseil d'Etat. En l'espèce, la loi n°2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière quoi que ne prévoyant pas de façon expresse son application aux situations contractuelles en cours, avait néanmoins vocation à l'être en raison de l'ordre public impérieux qui sous-tendait son adoption. Or le décret d'application, tout en disposant

¹⁷⁶⁵ Cons. constit. 4 juillet 1989, DC n°89-254 (préc.).

¹⁷⁶⁶ V. par ex. : Civ. 1, 12 juin 2013, Bull. civ. I, n°125 : D.2013.1875, note MARAIS et NOGUERO ; RTDCiv.2013.577, obs. J. HAUSER.

¹⁷⁶⁷ Cf. not. Ass., 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*, n°288460 et s. : « Considérant qu'une disposition législative ou réglementaire nouvelle ne peut s'appliquer à des situations contractuelles en cours à sa date d'entrée en vigueur, sans revêtir par là même un caractère rétroactif ; qu'il suit de là que, sous réserve des règles générales applicables aux contrats administratifs, seule une disposition législative peut, pour des raisons d'ordre public, fût-ce implicitement, autoriser l'application de la norme nouvelle à de telles situations » (nous soulignons).

de l'application immédiate de cette loi ne comportait pas de mesures transitoires pour les mandats de commissaire aux comptes en cours touchés par la réforme, ce qui entraîna la censure du Conseil d'Etat trouvant là l'occasion de mettre sa jurisprudence en conformité avec les décisions communautaires et européennes¹⁷⁶⁸.

470. A défaut de dispositions expresses du législateur... – A défaut de dispositions expresses dans la loi, on ne devrait pas admettre qu'un juge – qui ne dispose pas de la même légitimité démocratique que le législateur – porte une atteinte imprévisible aux prévisions contractuelles : le principe de prévisibilité doit alors prévaloir et constituer tout à la fois une barrière efficace contre l'insécurité normative et le critère de la légitimité de la situation des contractants, qui justifie qu'on la protège. Ainsi, le juge qui, en l'absence d'une application immédiate expressément prévue par le texte, souhaiterait malgré tout l'appliquer à un contrat en cours devrait en premier lieu s'attacher à caractériser *l'existence d'un ordre public impérieux*¹⁷⁶⁹ rendant nécessaire cette application. Cependant la prévisibilité de la situation contractuelle impose alors au juge de ne pas créer de risque imprévisible et donc, pour pouvoir appliquer la loi, nous suggérons qu'il – ou le plaideur à l'origine de la demande – soit tenu de montrer *que cette application de la règle nouvelle, justement, ne constituait pas un risque imprévisible...* Les acteurs économiques, et plus généralement tous les justiciables ayant un devoir plus ou moins accentué d'anticipation du risque *il faudra alors apporter la preuve que celui à qui l'on veut appliquer la nouvelle loi, soit connaissait, soit avait la possibilité de connaître, l'éventualité de la réforme et donc d'en anticiper les conséquences sur la convention conclue.* Cette démonstration consistera en pratique à situer la date de naissance des prévisions qui s'avèrent déçues (la plupart du temps ce sera la date de conclusion du contrat, mais pas seulement : conclusion d'un avenant, élément des négociations non repris formellement dans le contrat, etc.) par rapport à la date où l'entrée en vigueur de la réforme est devenue prévisible. La détermination de ce moment relèvera évidemment de l'appréciation souveraine des juges du fond qui pourront prendre en considération divers éléments de fait : date et durée des débats parlementaires, répercussion médiatique (il est évident qu'une réforme du droit des entreprises évoquée dans les seuls médias économiques sera prévisible pour un acteur économique, alors qu'elle ne le sera pas nécessairement pour un particulier), consensus dans l'opinion et chez les décideurs (laissant

¹⁷⁶⁸ V. not. : C.J.C.E, 14 juil. 1972, *Azienda Colori Nazionali c/ Commission*, aff. 57-69, *Rec.* p. 933 ; C.E.D.H, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, n° 6833/74, série A, n° 31.

¹⁷⁶⁹ V. par ex. : Com. 3 mars 2009, Bull. IV, n°31 : CCC 2009, n°156, obs. L. LEVENEUR.

supposer une adoption dans un bref délai), etc. Bien évidemment, le défendeur pourra de son côté tenter d’apporter la preuve contraire. Si la preuve était faite que la réforme était prévisible au moment où les prévisions litigieuses ont été formées, alors il conviendra de l’appliquer aux effets à venir du contrat une fois la loi entrée en vigueur (*a contrario* il s’agirait d’une rétroactivité prohibée). A l’inverse dès lors que le législateur ne s’est pas expressément prononcé pour l’application immédiate, l’imprévisibilité de la réforme devrait faire obstacle à son application aux contrats en cours.

471. Conclusion de la sous-section 1 relative à l’isolement du contrat du risque légal –

L’évolution de l’environnement légal du contrat apparaît être une source de risque dont la nature même limite les possibilités de régulation. Une prise en compte de cette imprévisibilité existait dès 1804 à travers l’article 2 du Code civil qui dispose de la non-rétroactivité des lois et du principe de survie de la loi ancienne. Néanmoins, malgré cette disposition, *une imprévisibilité résiduelle demeure*, en raison notamment de l’absence de consécration au niveau constitutionnel de la non-rétroactivité en matière civile, contrairement à la matière pénale. La mise en œuvre d’un principe directeur de prévisibilité contractuelle pourrait donc conduire à améliorer la régulation déjà existante en poussant tout d’abord à une consécration par le Conseil constitutionnel – qui pourrait s’appuyer pour ce faire sur sa jurisprudence du 13 juin 2013¹⁷⁷⁰ reconnaissant le principe de liberté contractuelle comme un droit à valeur constitutionnelle – *d’un droit au maintien de la légalité acquise*, anticipant d’ailleurs en cela une reconnaissance en droit français du principe de confiance légitime qui apparaît de plus en plus inéluctable sous la pression des juridictions européennes. Un tel principe admettant évidemment des exceptions, il conviendrait de les encadrer strictement en considérant qu’il appartient *par principe* au législateur de disposer de l’éventuelle application de la loi nouvelle aux effets à venir des situations contractuelles en cours. Dès lors, *le juge n’ayant qu’une compétence subsidiaire* pour déterminer le degré d’ordre public d’une règle nouvelle, il lui appartiendrait d’une part *d’en relever expressément le caractère impérieux*, et d’autre part *de conditionner l’application de la loi dans une telle hypothèse à la démonstration de la prévisibilité de son entrée en vigueur* par celui à qui l’on souhaite l’imposer.

¹⁷⁷⁰ Cons. constit. 13 juin 2013, DC n°2013-672 (préc.)

Sous-section 2 : L'intégration dans le contrat du risque jurisprudentiel

472. Introduction – La nature controversée de la jurisprudence comme source à part entière de droit¹⁷⁷¹, directement issue de conditionnements historiques remontant à la Révolution française, semble constituer un obstacle bien plus important à une régulation du risque que font peser ses évolutions sur les situations contractuelles. La loi et la jurisprudence semblent pourtant entretenir plus de points communs que de différences rédhibitoires. Leur légitimité, certes, diffère : c'est là d'ailleurs la seule raison des débats doctrinaux portant sur le statut de la seconde dans l'ordre juridique français. Leur force, bien sûr, n'est pas équivalente : comme le disait CARBONNIER si « la résistance à la loi est illégitime, la résistance à la jurisprudence ne l'est pas »¹⁷⁷². Néanmoins, une fois énoncées ces considérations théoriques il semble possible d'identifier trois similitudes qui semblent justifier que l'on cherche à imposer à l'une la régulation que l'on impose d'ores et déjà à l'autre.

En premier lieu, tant l'une que l'autre, sont une partie de l'ensemble des normes qui constituent le contexte juridique en fonction duquel les parties vont bâtir leur relation contractuelle et élaborer les prévisions qui la constituent. L'on imagine mal en effet qu'un contractant puisse sérieusement tenir compte de la réglementation en vigueur sans jamais se préoccuper de l'application qui en est faite par les tribunaux, au prétexte que le juge ne dirait jamais autre chose que ce qui se trouve contenu dans les textes, puisqu'il n'est pas en lui-même une source de droit... Du point de vue du risque auquel il s'expose, la loi et la jurisprudence sont, pour le contractant, *deux sources équivalentes de risque*.

En second lieu, *ce risque juridique unifié doit être régulé selon les mêmes principes* : on ne peut considérer d'une part que les changements de lois constituent un risque inacceptable qu'il conviendrait de circonscrire, et dans le même temps soutenir que les variations de la

¹⁷⁷¹ V. ainsi par ex. les développements de M. le professeur AUBERT (« De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in. *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 7 : « la jurisprudence n'est pas et ne peut pas être, dans notre système juridique, une source de droit ; elle est une simple autorité d'interprétation de la règle de droit, ce qui, au demeurant, n'est pas peu. Quand le juge « dit le droit », il ne crée pas de règle – cela lui est d'ailleurs formellement interdit – mais il proclame le sens exact de la règle qui résulte de l'ordonnement juridique qu'il a la charge de mettre en œuvre ». V. aussi : B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », D.2015.1378 qui compare le rôle de la Cour de cassation avec la Cour suprême du Royaume-Uni.

¹⁷⁷² J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, PUF, coll. Quadriges, 1^{ère} éd., 2004, n°144.

jurisprudence sont un risque acceptable qu'il serait normal de laisser peser sur les contrats en cours. L'ensemble du risque juridique devrait donc être rendu prévisible.

Cette unité des principes n'exclut pas enfin *une régulation adaptée* tenant compte des spécificités propres au mode de création et aux finalités propres des normes légales et jurisprudentielles.

473. Annonce du plan – Contrairement à la loi, la jurisprudence souffre d'une imprévisibilité structurelle (§1) tenant à la nature de sa source, qui vient limiter les possibilités de régulation : à défaut de pouvoir prévenir l'apparition du risque, il semble néanmoins possible de proposer une mise en œuvre du principe de prévisibilité dans le sens d'une intégration du risque jurisprudentiel dans le contrat (§2).

§1 : L'imprévisibilité structurelle de la norme jurisprudentielle

474. Le « remplissage » des standards juridiques – Au crédit de la thèse selon laquelle le juge crée du droit¹⁷⁷³, on évoquera en premier lieu l'appel explicite lancé par la loi à son égard, par le biais de l'intégration de *standards juridiques* au sein du droit légiféré¹⁷⁷⁴, dont la présence est particulièrement marquée en droit des contrats (l'abus, l'excès, le raisonnable, etc.). Sur ce plan, l'ordonnance du 10 février 2016 semble avoir accentué le mouvement de façon caractéristique¹⁷⁷⁵. La bonne foi se trouve ainsi consacrée aux articles 1104 et 1112 du Code civil, qui n'en précisent « ni le sens, ni la nature juridique [...]. Cette indétermination, probablement volontaire, laisse à la notion toute sa plasticité »¹⁷⁷⁶. Un nombre remarquable de dispositions intègrent également le recours à la notion de « délai raisonnable »¹⁷⁷⁷. A propos de ce critère, des auteurs remarquent qu'il « n'en est pas un qui ne propose aucune directive à

¹⁷⁷³ D. ALLAND et S. RIALS (s. la dir.), *op. cit.*, V° *jurisprudence*. V. aussi : D. MAZEAUD, « La place du juge en droit des contrats », *RDC* 2016.353 ; P. DEUMIER, « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.*2015.2022, spéc. p. 2023 ; M. GOBERT, « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTDCiv.*1992.344 ; D. TRICOT, « L'interrogation sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTDCiv.*1993.87 ; A. SERIAUX, « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », in. *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, p. 171, n°1 ; pour une analyse modérée appelant à une consécration limitée de la jurisprudence comme source du droit : F. ZENATI, « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTDCiv.*1992.359 ; du même auteur : *La jurisprudence*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 1991, spéc. p.180 s. ; V. aussi Ph. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTDCiv.*1996.299.

¹⁷⁷⁴ D. MAZEAUD, « Sur les standards », *Rev. dr. Assas*, n°9, février 2014, p.35.

¹⁷⁷⁵ V. par ex. : M. BROCHIER, « Les nouveaux rôles du juge dans l'inexécution du contrat », *Dr. & patr.*, juin 2016, p. 45 ; L. AYNES, « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », in. *Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* 2016 (hors-série), p. 14 et s.

¹⁷⁷⁶ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 48.

¹⁷⁷⁷ Articles 1116, 1117, 1123, 1158, 1195, 1211, 1222, 1226, 1231 et 1307-1 du Code civil.

l'interprète. Il n'est donc rien d'autre en pratique *qu'une "délégation" de la loi qui s'en remet à la sagesse du magistrat*. Ultiment, le délai raisonnable est donc un délai judiciairement fixé [...] »¹⁷⁷⁸.

Facteur de souplesse¹⁷⁷⁹, les standards « *sont flexibles, susceptibles d'une appréciation subjective et évolutive* »¹⁷⁸⁰, puisque c'est au juge qu'il appartient de leur donner un contenu, une épaisseur conceptuelle¹⁷⁸¹, faisant ainsi varier le contenu de la règle au sein des limites larges établies par la règle légale. Mais le caractère évolutif inhérent au standard empêche aussi toute anticipation précise de leur contenu normatif¹⁷⁸², ce qui en fait une source de risque¹⁷⁸³ pour les sujets de droit.

475. Le contrôle des clauses abusives – Un autre exemple de l'action créatrice du juge est le contrôle des clauses abusives, qui s'est progressivement orienté d'une régulation des clauses assurée par l'autorité administrative¹⁷⁸⁴ vers un contrôle essentiellement judiciaire à compter de la transposition en droit interne de la directive communautaire 93/13/CEE du 5 avril 1993 par la loi du 1^{er} février 1995 instituant une « liste non-exhaustive de clauses qui peuvent être regardées comme abusives »¹⁷⁸⁵. La loi HAMON du 17 mars 2014 a permis au juge d'écarter

¹⁷⁷⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 103. Nous soulignons.

¹⁷⁷⁹ S. NERON, « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, 2011, n°38.

¹⁷⁸⁰ J-L BERGEL, *op. cit.*, n°185.

¹⁷⁸¹ M. le professeur BERGEL remarque à ce propos : « à côté de notions rigoureuses définies de manière précise et objective, le droit a recours à des notions dites « indéterminées », plus précisément flexibles, susceptibles d'une appréciation subjective et évolutive. On a parfois parlé à leur propos de « concepts soupapes », de « paragraphes caoutchouc », de « notions à contenu variable », flou, indéterminé. Le législateur introduit souvent, délibérément, de telles notions dans les textes pour laisser au juge ou aux autorités publiques une plus grande liberté d'appréciation » (*op. cit.*, n°174). V. N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *in*. « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.394.

¹⁷⁸² G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^e éd., 2007, n°188 : les standards « ont pour vocation naturelle d'être indéterminés et donc toujours déterminables et redéterminables suivant les circonstances et les époques ».

¹⁷⁸³ T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, *Defrénois*, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009, n°32. *Contra* : B. STURLESE, « Le juge et les standards juridiques », *in*. « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.398, pour qui « en interprétant ces "standards juridiques", le juge restera dans son rôle naturel d'interprète de la loi, sans risque majeur ni d'usurper celui du législateur, ni de mettre en péril l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique [...] ».

¹⁷⁸⁴ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷⁸⁵ V. article L. 212-1 du code de la consommation. La Cour de cassation avait d'ailleurs donné un premier coup de boutoir quelques années auparavant, en reconnaissant aux juges du fond la possibilité de déclarer abusive une clause non visée par un texte mais qui leur apparaîtrait correspondre à la définition légale (Civ.1, 14 mai 1991 (n°89-20999), Bull. civ. I, n°153), la Cour de Justice des communautés européennes ayant par ailleurs consacré à plusieurs reprises la compétence du juge interne en la matière (C.J.C.E, 27 juin 2000, *Oceano Grupo Editorial*, aff. C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 et C-244/98 : *RTDCiv*.2001.878, obs. J. MESTRE et B. FAGES. V. aussi : C.J.C.E, 21 novembre 2002, *Cofidis SA contre Jean-Louis FREDOUT*, aff.C-473/00 : *D*.2003.486, note C. NOURISSAT ; *JCP G* 2003.I.142, obs. X. LAGARDE). L'action du juge s'est par la suite trouvée renforcée par la jurisprudence communautaire obligeant le juge national à relever d'office les clauses qui lui apparaîtraient comme abusives : C.J.C.E, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. / Erzsébet Sustikné Győrfi*, aff. C-243/08 : *D*.2009.2312, note G. POISSONIER, qui décide que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère

d'office l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat (article R. 632-1 du Code de la consommation)¹⁷⁸⁶, disposition reprise par le nouvel article 1171 du Code civil en matière de contrats d'adhésion¹⁷⁸⁷. L'évolution est remarquable qui, donnant un rôle accru au juge dans la détermination du caractère abusif des clauses, a d'autre part réduit la précision des critères devant servir à cette qualification¹⁷⁸⁸, en usant du standard de *déséquilibre significatif* et en renvoyant à l'appréciation du juge quant au contenu normatif qu'il convient de lui attribuer. Certes, l'article L. 212-1 alinéa 2 du code de la consommation indique désormais¹⁷⁸⁹ les modalités d'appréciation du caractère abusif : « sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution ». Mais même avec cette directive les possibilités d'anticipation du résultat de l'action du juge par les sujets de droit sont inexistantes. Un auteur relevait, à propos de l'indétermination intrinsèque des standards juridiques que « pour s'inscrire dans un système de droit, la notion dite indéterminée, *doit rester déterminable*. La différence avec les règles précises et univoques est seulement que la détermination du sens n'est pas intrinsèque au texte juridique, mais renvoie au contexte, c'est-à-dire à d'autres ensembles de normes dont le contenu, extra juridique, sera intégré par l'interprète au travail de détermination du sens de la norme »¹⁷⁹⁰. Certes la détermination par le juge du caractère abusif d'une clause est bien enfermée par le législateur dans un cadre méthodologique¹⁷⁹¹, *mais qui ne laisse rien présumer du contenu normatif que le juge entendra insérer dans l'enveloppe conceptuelle que le législateur met à sa disposition*. De fait « le standard du déséquilibre significatif, que la directive de 1993 rattache expressément à la bonne foi, est ainsi fréquemment accusé de favoriser l'arbitraire du juge

abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet ». V. également : C.J.C.E, 26 oct. 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 : D.2006. 2910, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *idem*, p. 3026, obs. T. CLAY ; RTDCiv.2007.113, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; D.2008.2562, obs. L. d'AVOUT et S. BOLLEE.

¹⁷⁸⁶ V. not. J. JULIEN, « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », CCC, n°5, mai 2014, p. 11.

¹⁷⁸⁷ V. sur ce point : D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *in*. « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », RDC 2016.358.

¹⁷⁸⁸ La loi de 1978, bien qu'usant elle-même de standards juridiques (*l'avantage excessif*), se montrait plus précise dans les critères devant permettre la caractérisation de l'abus.

¹⁷⁸⁹ Introduit par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

¹⁷⁹⁰ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 121.

¹⁷⁹¹ V. not. : Article L. 211-1 et L. 212-1 du code de la consommation.

dont les décisions varieront d'une espèce à l'autre »¹⁷⁹². Les justiciables sont alors évidemment dans l'incapacité, non seulement de prévoir les exigences de la norme comportementale découlant du standard¹⁷⁹³, mais encore de se projeter avec certitude dans leur avenir juridique, puisque ce qui a été décidé reste susceptible de se voir remis en cause.

476. *Le réexamen souhaitable du rôle de la jurisprudence* – La question de la régulation du risque se heurte ici à la sempiternelle question de la nature de la jurisprudence¹⁷⁹⁴ : sa prétention théorique encore prégnante à ne pas être une source de droit¹⁷⁹⁵ fait en effet obstacle à sa soumission aux règles normalement destinées à ménager les nécessités de la production normative avec la sécurité juridique des sujets de droit. Dès lors il peut sembler normal que, ne créant pas de norme par elle-même mais censé exprimer un contenu normatif qui lui est extérieur et antérieur¹⁷⁹⁶, la jurisprudence puisse rétroagir sans que cela n'emporte de conséquence sur la prévisibilité puisque « la nouvelle règle est censée avoir toujours été véritable »¹⁷⁹⁷. Une telle analyse, sans doute rigoureuse sur un plan purement théorique, se heurte néanmoins au mur des réalités. La doctrine semble d'ailleurs, à la suite des travaux de BATTIFOL¹⁷⁹⁸, de plus en plus se rallier à une appréhension pragmatique du problème, au-delà des obstacles théoriques incontestables¹⁷⁹⁹, et il semble que même les magistrats du Quai de

¹⁷⁹² M. JAOUEN, « Le jeu des standards en matière contractuelle : Variation sur le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés », *Rev. dr. d'Assas*, février 2014, p. 67.

¹⁷⁹³ Les mêmes critiques peuvent être adressées à la *bonne foi* de l'article 1104 du Code civil, ou à l'*équité* de l'article 1194. De manière plus large, sur la tendance du juge à gonfler le contenu normatif de certaines notions, V. C. MOULY-GUILLEMAUD, « L'obligation d'information des professionnels du droit, obligation d'anticiper l'imprévisible », *LPA*, 18 avril 2012 n° 78, p. 3.

¹⁷⁹⁴ N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (s. la dir. de N. MOLFESSIS), Economica, 2004, p. 150, n°27 : « pour reconnaître le revirement, encore faut-il admettre qu'une solution nouvelle s'est substituée à une solution ancienne, opérant dès lors un changement dans la règle de droit applicable aux justiciables. [...] Si la jurisprudence devait n'être pas source du droit, il deviendrait sans objet de discourir d'un éventuel traitement des revirements de jurisprudence »

¹⁷⁹⁵ V. not. J. CARBONNIER, *op. cit.*, n°144. Les arguments qui militent en faveur de cette analyse sont connus : absence de règle du précédent qui fait que si « la résistance à la loi est illégitime, la résistance à la jurisprudence ne l'est pas » (*idem, ibid.*), prohibition des arrêts de règlements par l'article 5 du Code civil (sur la conception exagérée que l'on a de la pratique des arrêts de règlements sous l'Ancien Régime, et leur renouveau de fait : B. BEIGNIER, « Les arrêts de règlement », *Droits*, n°9, 1989, p.45.), autorité relative de la chose jugée...

¹⁷⁹⁶ V. la critique du professeur MOLFESSIS sur cette *auto-représentation* de la jurisprudence : *op. cit.*, p. 150, n°30 et s. *Contra* : F. TERRE, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *APD*, t.50, *La création du droit par le juge*, Dalloz, p. 311.

¹⁷⁹⁷ G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit civil, Introduction générale*, Sirey, 1972, 2^e éd., n°119 ; J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif » in *Études offertes à G. RIPERT, Le droit privé au milieu du XX^e siècle*, LGDJ, 1950, t. 1, p. 50, n° 21) ; F. ZENATI, *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991, p. 154-155.

¹⁷⁹⁸ H. BATTIFOL, « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD* 1967.335.

¹⁷⁹⁹ C. MOULY, « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994 n° 53, p. 9. *Contra* : J-L AUBERT, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p.7 s.

l'Horloge n'aient plus guère de doute sur leur fonction réelle¹⁸⁰⁰. On trouve sous leur plume quelques affirmations dénuées d'ambiguïté (au détour parfois d'un communiqué¹⁸⁰¹ affirmant que « par ces décisions, la Cour de cassation remplit pleinement *son rôle normatif, de création prétorienne du droit*, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire »¹⁸⁰²...). Sans doute la prédominance dans notre tradition juridique d'un légalisme qui a conduit, depuis la Révolution, à faire reposer l'essentiel de la production des normes juridiques dans la loi, a-t-elle conduit à une contamination conceptuelle entre la loi et la norme (ou la règle) de droit¹⁸⁰³. Il semble pourtant que l'argument selon lequel l'article 5 du Code civil ferait obstacle à l'admission du juge au rang des sources de droit soit en réalité inopérant, dès lors que l'on procède à un réexamen de la définition posée de la règle de droit, ce qui implique d'examiner chacun des deux aspects qui se conjuguent dans cette sous-catégorie du concept plus général de norme¹⁸⁰⁴ : la *normativité* de l'énoncé, et la *juridicité* qui vient le spécifier au sein de l'ensemble conceptuel considéré.

477. Normativité et juridicité de la jurisprudence – Un auteur considérait que « c'est de sa vocation à servir de référence afin de déterminer comment les choses doivent être qu'un énoncé tire sa signification normative »¹⁸⁰⁵. Le concept de norme a donc une vocation générale à accueillir l'ensemble des modèles abstraits prescriptifs ayant pour vocation de régir les comportements humains. La distinction au sein de ce même ensemble des normes *juridiques*, par opposition par exemple à celles relevant de la morale, oblige à s'interroger sur les caractéristiques de la juridicité, et donc sur la définition habituellement retenue de la règle

¹⁸⁰⁰ Cf. V. LAMANDA, *Discours prononcé lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire*, 9 janvier 2014, (site internet de la Cour de cassation) : « [...] *d'interprète, le juge devient créateur*. Après un demi-siècle d'immobilisme, la Cour de cassation, au sein de laquelle siègent alors d'anciens députés ou sénateurs, *endosse, à de nombreuses reprises, les habits du législateur pour édicter des solutions que les juridictions respecteront à l'égal de la loi* : responsabilité objective, abus du droit, enrichissement sans cause, régime de la personnalité morale, principes du droit international privé » (nous soulignons). V. aussi : « Entretien exclusif avec Bertrand LOUVEL », *JCP G* 2015, n°43, p. 1909. En sens contraire cependant : N. MOLFESSIS (s. la dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET*, Lexis Nexis, Litec, 2005, p.11.

¹⁸⁰¹ Accompagnant deux arrêts : ch. mixte, 17 mai 2013 (n°11-22768 et 11-22927). Nous soulignons.

¹⁸⁰² Nous soulignons. V. aussi : le *Rapport annuel 2013*, sur les mêmes arrêts : « dans sa fonction de création prétorienne du droit, la Cour de cassation précise les éléments qui caractérisent l'interdépendance contractuelle [...] ». On retrouve la même idée dans le *Rapport annuel 2006*, p. 148 : « l'œuvre du législateur n'a pas diminué pour autant l'inspiration à la fois *créatrice* et protectrice de la Cour de cassation » (nous soulignons).

¹⁸⁰³ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^e éd., 2015, V^o *règle de droit*. V. aussi P. LOUIS-LUCAS, « La loi », *D.1964.I.197*. Sur l'identification de la règle de droit à la loi : J-L BERGEL, *op. cit.*, n°36.

¹⁸⁰⁴ M. le professeur PFERSMANN (*in*. D. ALLAND et S. RIALS, *op. cit.*, V^o *norme*) définit la norme au sens général comme « une mesure ou un standard par rapport auquel on qualifie la conformité d'un objet ou d'une action » ou encore comme un « terme de comparaison » (*idem*, p. 1080).

¹⁸⁰⁵ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.1990.199*.

de droit. La règle de droit serait générale, abstraite, obligatoire et sanctionnée. La persistance en doctrine d'une telle définition peut surprendre tant elle a fait l'objet de réfutations¹⁸⁰⁶ en chacun de ses termes. Il a été souligné ainsi que « la généralité n'a aucun rôle à jouer dans la définition théorique de la règle de Droit »¹⁸⁰⁷ : elle ne sert qu'à d'établir une éventuelle classification au sein de cet ensemble conceptuel en fonction du champ d'application plus ou moins large de la norme. Il importe peu alors que l'application des décisions jurisprudentielles demeure toujours limitée par le principe de l'article 1355 du Code civil, et l'énoncé normatif (qui peut être l'objet d'une résistance de la part des juges du fond) toujours susceptible de varier en raison de l'absence de règle du précédent.

De même souligne-t-on l'absence de sanction¹⁸⁰⁸ attachée au non-respect d'une norme d'origine jurisprudentielle. Pourtant, la sanction ne se réduit pas à la seule contrainte étatique, mais doit être conçue dans une approche large comme « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation »¹⁸⁰⁹. Or lorsqu'elle formule la règle sur laquelle elle entend appuyer sa décision dans un attendu de principe, mais même plus généralement lorsqu'elle tranche la question de droit qui lui est soumise d'une façon assez générale pour être reproductible dans des affaires ultérieures similaires¹⁸¹⁰, la Cour de cassation pose bien une prescription juridique assortie – de manière non formelle mais néanmoins réelle – d'une effectivité que lui assure la procédure du pourvoi si une juridiction inférieure rendait une décision contraire, d'autant que face à une cour de renvoi qui s'aviserait de résister, le dernier mot lui restera toujours¹⁸¹¹. Une autre définition a donc pu être proposée, permettant de spécifier la catégorie des normes *juridiques* par rapport au concept

¹⁸⁰⁶ V. not. : L. ROBERT-WANG, « Règle de droit », in. D. ALLAND et S. RIALS (s. la dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, p. 1326 et s ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997.

¹⁸⁰⁷ *Idem*, p.36. V. aussi : L. ROBERT-WANG, préc., p. 1326.

¹⁸⁰⁸ Certains auteurs ont pourtant émis des doutes sur le caractère définitoire de la sanction dans la recherche des éléments essentiels de la juridicité de la règle : V. not. G. TIMSIT, « Une définition systémale du droit », *Droits*, n°10, 1989, p.94. Bruno OPPETIT remarquait pour sa part : « une règle n'acquiert pas la juridicité parce qu'elle est sanctionnée par l'autorité publique, elle est au contraire sanctionnée parce qu'elle est juridique » (*in. Philosophie du droit*, 1999, p. 24). V. aussi : D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 58 et s.

¹⁸⁰⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *sanction*.

¹⁸¹⁰ Il est intéressant de noter qu'en rendant un avis sans avoir été sollicité en ce sens par une juridiction à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la *sauvegarde des entreprises*, sur la façon dont il convenait de l'interpréter, la Cour de cassation rendit *de facto* un arrêt de règlement ! Sur cette question : B. BEIGNIER et C. BLERY, *op. cit.*, p. 165 ; V. aussi : N. MOLFESSIS, « Les avis spontanés de la Cour de cassation », D.2007.37.

¹⁸¹¹ cf. M-N JOBART-BACHELLIER, X. BACHELLIER, J. BUC LAMENT, *La technique de cassation*, Dalloz, 8^e éd., 2013, p. 21. La Cour conserve toujours la possibilité de ne pas renvoyer l'affaire lorsqu'elle rend une décision de rejet, ou lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond, ou lorsqu'elle est en mesure d'appliquer elle-même la règle appropriée aux faits tels qu'ils ont été constatés et appréciés par le juges du fond (article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire). Elle a même été amenée à le faire en-dehors de ces hypothèses (V. par ex. : Civ.1, 28 avril 1998, *JCP* 1998.II.10088, cité par M-N. JOBART-BACHELLIER et X. BACHELLIER, J. BUC LAMENT, *op.cit.*, p. 19).

général de norme : celle d'« un modèle justiciable d'action »¹⁸¹². Le caractère abstrait, inhérent à la nature même de la norme comme énoncé d'un modèle¹⁸¹³, étant conjugué à une réceptivité du modèle comme « référence employée par un tiers désintéressé pour régler un litige à la demande d'une ou des parties »¹⁸¹⁴, c'est-à-dire le juge. Toute règle de droit est donc abstraite¹⁸¹⁵, mais peut donc être indifféremment à portée générale ou particulière.

478. La création de normes propres – Dès lors qu'on admet cette définition de la règle de droit, il reste à déterminer si la norme d'origine jurisprudentielle peut être utilisée en tant que telle par les juridictions pour fonder leurs décisions. En théorie cette proposition s'avère relativement choquante¹⁸¹⁶ quoi que cela soit déjà le cas *de facto* (mais en recourant toujours à un fondement légal) de façon indirecte dans des hypothèses où le droit est très largement élaboré par la jurisprudence en raison de l'inadaptation du droit légiféré¹⁸¹⁷, en raison d'une sorte d'« autocontrainte » imposée par la menace de voir réformée une décision qui méconnaîtrait ce droit jurisprudentiel¹⁸¹⁸. Pourtant l'ordre judiciaire, à l'occasion de la réforme de la Cour de cassation¹⁸¹⁹, semble bien avoir franchi le tournant symbolique consistant à se fonder directement sur une jurisprudence¹⁸²⁰, c'est-à-dire à accueillir la norme

¹⁸¹² L. ROBERT-WANG, préc., p. 1327.

¹⁸¹³ A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.*1990.206.

¹⁸¹⁴ L. ROBERT-WANG, préc., p. 1327.

¹⁸¹⁵ V. D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸¹⁶ P-Y GAUTIER, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.*2017.752.

¹⁸¹⁷ V. M. SCAGLIA, « La QPC et la « règle » jurisprudentielle, à propos de la clause de non-concurrence... », *Rev. trav.* 2013.269. L'auteur propose une distinction entre l'« interprétation jurisprudentielle », et la « règle jurisprudentielle » qui « se détacherait de tout support législatif », à partir d'un arrêt de la chambre sociale décidant qu'est irrecevable la QPC portant sur la seconde, alors qu'est admise celle portant sur la première (QPC, 6 oct. 2010, n° 2010-39 : *D.* 2010.2744, obs. I. GALLMEISTER ; *D.*2011.529, chron. N. MAZIAU ; *idem*, p. 1585, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *idem*, p. 1713, obs. V. BERNAUD et L. GAY ; *idem*, p. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; *RTDCiv.*2010.776, obs. J. HAUSER ; *idem*, 2011, p. 90, obs. P. DEUMIER. Dans un premier temps la Cour de cassation elle-même avait refusé une telle possibilité : QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582 : *D.*2010.2236, point de vue H. NICO ; *RSC* 2011.190, obs. B. de LAMY ; *RTDCiv.*2010.508, obs. P. DEUMIER). Pour l'auteur « ce serait donc au travers de cette distinction entre interprétation d'une disposition législative et règle jurisprudentielle et de la différence du régime qui leur est octroyé que la Cour de cassation reconnaît l'existence d'une production jurisprudentielle dissociée de celle du législateur ».

¹⁸¹⁸ B. BEIGNIER, C. BLERY, *op. cit.*, n°149.

¹⁸¹⁹ V. not. F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDCiv.*2016.511, spéc. p. 526 à propos de la réforme en cours : « le changement de paradigme va conduire les juridictions à se défaire du paradigme des lois qu'elles intériorisaient jusqu'à présent avec le syllogisme et à redécouvrir la libre motivation qui fait naturellement partie de leur activité. Elles pourront désormais, sans s'exposer à une censure pour violation de l'article 5 du code civil, viser des arrêts de la Cour de cassation dans leurs motifs, puisque la Cour de cassation a elle-même décidé, dans son nouveau style, de procéder de la sorte » ; B. HAFTEL, « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.*2015.1378, spéc. p. 1381 (critique) : « dans la logique du rapport, la mission de la Cour de cassation serait de créer des normes dont l'application reviendrait aux juges du fond ».

¹⁸²⁰ V. aussi antérieurement : *Civ.* 1, 7 mars 2006, *D.*2006.2894, note F. MARMOZ ; *RTDCiv.*2006.521, obs. P. DEUMIER ; *idem*, p. 580, obs. P.-Y. GAUTIER ; *JCP N* 2006.1217, note F. BUY ; *Civ.* 1, 14 mai 2009, n° 08-15899 : *D.*2010.183, note K. DE LA ASUNCION PLANES ; *idem*, p. 49, obs. Ph. BRUN et O. GOUT ; *RTDCiv.*2009.493, obs. P. DEUMIER ; *idem*, p. 725, obs. P. JOURDAIN ; *idem*, p. 744, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Crim.*,

posée par le juge du droit comme source à part entière de prescription juridique¹⁸²¹, détachée de toute référence à la règle légale. Quoi qu'il en soit l'admission du caractère créateur de droit de la jurisprudence apparaît comme le préalable nécessaire à une régulation efficace.

§2 : L'intégration du risque jurisprudentiel dans le contrat

479. Application à la jurisprudence du principe de sécurité juridique – Une fois admis le fait que *certaines décisions* de la Cour de cassation comportent un aspect normatif suffisamment détaché de la règle légale qui les fondent pour constituer une règle nouvelle, et les effets néfastes¹⁸²² pouvant résulter de l'absence d'un cadre destiné à ménager ses effets sur les relations contractuelles il convient d'envisager les moyens de prévenir le risque ainsi identifié. Le fondement théorique de la régulation existe, c'est le principe de sécurité juridique, déjà au fondement de la régulation du risque légal, et dont il suffira de déduire les techniques de prévention applicables au risque jurisprudentiel (A). Cette prévention, néanmoins, devra composer avec la nature essentiellement évolutive de la jurisprudence. La possibilité d'une réelle élimination du risque jurisprudentiel apparaissant de ce fait très limitée, la prévisibilité passera plutôt ici par une information pertinente des justiciables par l'annonce des revirements (B).

A) La soumission du risque jurisprudentiel au principe de sécurité juridique

480. Figer la jurisprudence ?... – A partir des exigences qui découlent du principe de sécurité juridique, la résolution des problèmes posés par le caractère rétroactif de la jurisprudence pourrait conduire à prôner un alignement du cadre entourant l'édiction de la norme jurisprudentielle, sur celui qui prévaut par le biais de l'article 2 du Code civil pour l'activité législative¹⁸²³. L'optique est alors, transposant en cela le principe de survie de la loi ancienne,

3 février 2010, n°09-83468, Bull. crim. n°18 : *Procédures*, 2010, comm. 161, obs. J. BUISSON). En l'occurrence néanmoins la référence à la jurisprudence de la Chambre criminelle intervenait « *en l'absence d'une règle de droit spécifique* » qu'il s'agissait donc de pallier.

¹⁸²¹ V. par ex. : Civ. 1, 28 septembre 2016, n°15-21823.

¹⁸²² V. entre autres : J. RIVERO, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968.15 ; pour une approche nuancée de la problématique de la rétroactivité des revirements : W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.*2006.472. *Contra* : V. not. T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des revirements de jurisprudence », *D.*1995. 24 ; X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.*2006.678.

¹⁸²³ C. MOULY, préc., n°18 : l'auteur plaide néanmoins pour un système qui ménagerait au juge la possibilité d'évaluer lui-même la gravité de l'atteinte portée à la sécurité juridique par son revirement, et prévoir, dans les cas où cela s'impose, les mesures transitoires adéquates pour en atténuer l'effet, la rétroactivité restant le principe en la matière.

de privilégier la stabilité des situations juridiques, *en figeant l'état de la jurisprudence applicable à la relation contractuelle à ce qu'elle était au moment de sa formation*. Cette analyse est révélatrice du lien essentiel établi entre la stabilité (assimilée à la prévisibilité¹⁸²⁴) des situations et sécurité juridique, et conduit évidemment à n'accorder de valeur aux revirements jurisprudentiels que pour l'avenir¹⁸²⁵. Dans cette vision la norme jurisprudentielle serait alors considérée comme un état normatif idéalement constant dans la durée, à l'instar de la norme légale¹⁸²⁶...

481. Pas de droit acquis à une jurisprudence « figée » – Cependant, sur un plan théorique, la loi et la jurisprudence ne peuvent être mises sur le même plan : le juge est une source de droit subséquente – ce qui conditionne sa légitimité – car la loi préexiste nécessairement à la jurisprudence qui n'en est malgré tout que l'application aux cas particuliers. Or une telle démarche passe nécessairement par un raisonnement de type déductif¹⁸²⁷. Celui-ci implique d'une part l'existence préalable d'une règle générale et abstraite contenant les présuppositions théoriques nécessaires à la mise en œuvre de la prescription de droit qu'elle porte, et d'autre part que la norme qui s'ensuit demeure tributaire de paramètres subjectifs. Ces paramètres, certes, ne font pas obstacle à une application de type analogique, mais ils empêchent à tout le moins de spéculer *a priori* sur la stabilité et la pérennité de la norme: le seul élément stable dans l'état normatif que doivent – et peuvent – prendre en compte les parties au moment où elles forment leurs prévisions demeure la loi, seule à offrir la possibilité d'une anticipation de la mise en œuvre de sa prescription juridique par l'observation des présuppositions de fait générales, abstraites et objectives auxquelles elle la soumet.

En outre, sur un plan pratique, l'œuvre du juge est faite d'adaptation, d'évolutions, de compromis : *elle est la souplesse de la loi en action, et donc elle est par nature mouvement,*

¹⁸²⁴ Pour une illustration : Ass. plén. (QPC), 20 mai 2011 (n° 11-90042, 11-90025, 11-90033, 11-90032) : « sur le grief tiré de la violation d'un principe de *prévisibilité de la loi* en matière de procédure pénale : Attendu que les règles relatives au point de départ de la prescription de l'action publique et à l'incidence que la connexité peut exercer sur elle, sont *anciennes, connues, constantes* et reposent sur des critères précis et objectifs [...] » (nous soulignons).

¹⁸²⁵ On retrouve là peu ou prou ce qu'écrivait BATIFFOL à la fin du XX^e siècle : « la sécurité [...] exprime [...] l'aspiration à un système de règles certaines, parce qu'une telle certitude répond au besoin décisif de prévisibilité : il faut qu'un chacun puisse prévoir les conséquences de ses actes, et déterminer par suite ce qu'il peut ou doit faire ou ne pas faire ; il faut qu'un chacun puisse aussi prévoir ce qu'autrui a le droit de faire ou ne pas faire pour régler ses attitudes en conséquence » (H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10^e éd., 1997, p. 103).

¹⁸²⁶ V. B. TEYSIE, préc., n°18 et s. qui prône une stabilité tant de la norme primaire (la loi) que de la norme dérivée (administrative ou jurisprudentielle) avec, pour cette dernière, une systématisation de l'étude des conséquences du revirement envisagé, et un renforcement le cas échéant des techniques de modulation dans le temps de telles décisions.

¹⁸²⁷ V. not. C. GRIMALDI, « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », D.2007.1448.

changement et donc instabilité. La Cour de cassation rappelle d'ailleurs régulièrement que la sécurité juridique ne saurait s'entendre d'un droit acquis¹⁸²⁸ à une jurisprudence « figée »¹⁸²⁹, « immuable »¹⁸³⁰, ou « constante »¹⁸³¹, la haute juridiction affirmant en effet de manière récurrente que *l'évolution de la jurisprudence relève de l'office du juge dans l'application du droit*. Ce qui a du reste été confirmé, dans des termes très similaires, par la Cour européenne des droits de l'Homme dans un arrêt du 18 décembre 2008¹⁸³². Il y a donc une différence très nette de nature entre la fonction législative et la fonction judiciaire : l'une est orientée vers la pérennité et offre les prémisses nécessaires à une prévisibilité de l'avenir juridique, *l'autre est par nature imprévisible, puisque dénuée de présuppositions générales et abstraites* et ne peut de ce fait être considérée comme un état normatif stable, puisque susceptible d'adaptation en fonction des cas particuliers. Dès lors, vouloir transcrire l'exigence de sécurité juridique par la recherche d'une stabilité de la jurisprudence ne semble pas être une solution pertinente.

482. Régulation souple : prévisibilité contre stabilité – La prévisibilité ne se fonde pas essentiellement sur la considération d'un état présent qui serait invariable dans l'avenir¹⁸³³, mais *sur l'intégration dans le contrat du risque en tant que tel* (soit ici la dimension naturellement évolutive de la jurisprudence) et, sans la contraindre dans ses éventuelles variations temporelles, sur la mise en place d'un régime propice à l'anticipation nécessaire de celles-ci. La fonction de prévention du risque par le droit, risque juridique en l'occurrence, pourrait alors trouver une expression opportune dans une autorégulation judiciaire, sous l'égide d'un principe de sécurité juridique conçu essentiellement autour de la notion de prévisibilité du risque d'évolution du droit jurisprudentiel.

Le rapport de 2004¹⁸³⁴ sur les revirements de jurisprudence remis au Premier Président de la Cour de cassation évoquait sur ce point un certain nombre de pistes. Il incomberait ainsi au juge de développer une véritable politique jurisprudentielle de long terme¹⁸³⁵, et d'anticiper

¹⁸²⁸ Pour une critique de cette formulation : N. MOLFESSIS, « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.*2009.2567, n°7.

¹⁸²⁹ V. par ex. : Civ.1, 21 mars 2000 (n°98-11982), *Bull. civ. I*, n°97, p. 65 : *D.*2000.593, note C. ATIAS ; *RTDCiv.*2000.666, obs. N. MOLFESSIS ; Civ.1, 11 juin 2009, n° 07-14932 et 08-16914 : *D.*2009.1757, obs. I. GALLMEISTER ; *idem*, p. 2567, obs. N. MOLFESSIS ; *RTDCiv.*2009.495, note P. DEUMIER.

¹⁸³⁰ Soc. 25 juin 2003, n° 01-46479, *Bull. V*, n°206 p. 206 : *D.*2004.1761, note M. JULIEN ; Civ.2, 18 juin 2009, n°08-14795.

¹⁸³¹ Civ. 3, 2 octobre 2002, n°01-02073, *Bull. civ. III*, n°200 p. 170 : *D.*2003.513, note C. ATIAS ; Civ. 2, 8 juillet 2004, n°03-14717, *Bull. civ. II*, n°361 p. 306.

¹⁸³² C.E.D.H, 18 décembre 2008, *UNEDIC c/ France* (n° 20153/04), §74.

¹⁸³³ T. PIAZZON, *op. cit.*, n°31.

¹⁸³⁴ N. MOLFESSIS (s. la dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy CANIVET*, Lexis Nexis, Litec, 2005, p. 11.

¹⁸³⁵ V. N. MOLFESSIS, « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP G*, 16 février 2015, p. 199, n°5, pour des exemples d'« hésitations, des solutions isolées qui constituent une fracture dans une lignée d'arrêts, des

lui-même les éventuelles variations pouvant l'affecter en donnant en amont aux justiciables des éléments suffisants pour qu'ils puissent prévoir le revirement, *ou à tout le moins le caractère désormais incertain d'une position* : « la question essentielle des revirements de jurisprudence, devient alors de savoir *si leur contenu peut être perçu avec suffisamment de délai* pour que l'adaptation soit possible avant que leur effet rétroactif ne cause trop de dommages. Ne faudrait-il pas pour réduire les deux inconvénients actuels des revirements de jurisprudence, leur imprévisibilité et leur effet rétroactif, *rendre leur venue davantage perceptible ?* »¹⁸³⁶. La prévention du risque consisterait alors à « favoriser le processus d'anticipation de telle sorte que les justiciables ne soient pas pris au dépourvu par le revirement à venir »¹⁸³⁷. Dès lors que la recherche d'une certitude est illusoire en raison de la nature même de la fonction judiciaire, il faut à tout le moins que les justiciables *puissent intégrer dans leurs prévisions l'existence de cette possibilité*¹⁸³⁸, à charge pour eux de s'en prémunir.

B) La prévisibilité des revirements de jurisprudence

483. Annonce du plan – Rendre prévisible une évolution jurisprudentielle implique de fournir en amont les moyens de l'anticiper, soit en l'annonçant de manière indirecte (1), soit de manière directe (2).

circonvolutions, des retours en arrière et des régressions ». La mise en œuvre pratique d'une politique de long terme, est rendue plus difficile en raison des exigences des juridictions européennes, qui peuvent brider voire rendre impossible cette élaboration (le même constat pourrait être fait au sujet du législateur français, à qui l'on reproche souvent la versatilité et la complexité des lois, mais qui se voit lui aussi contraint d'adapter ses politiques aux variations du droit européen et communautaire).

¹⁸³⁶ C. MOULY, « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n°33, p. 15, n°6. Nous soulignons.

¹⁸³⁷ N. MOLFESSIS, « Les revirements de jurisprudence », in. *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (s. la. dir. de N. MOLFESSIS), Economica, 2004, p.150, n°37. V. aussi L. CONDE, « La prohibition des arrêts de règlement », *Juriscl. Civil Code*, article 5 (à jour : 7 août 2014), qui note : « [...] pour ces cas où un revirement de nature à porter atteinte aux légitimes prévisions des parties s'impose, les Hauts magistrats ne sont pas sans user de divers stratagèmes ou effets d'annonce *visant à permettre aux intéressés d'anticiper le changement* : le revirement progressif ou la technique dite des "petits pas" (caractéristique de l'élaboration jurisprudentielle du droit), "l'arrêt blanc" par lequel le juge opère un revirement là où l'application de la règle abandonnée aurait conduit à la même solution, l'invitation faite au législateur de modifier la règle légale qui est annonciatrice, dans l'hypothèse où le législateur n'interviendrait pas, d'une modification prétorienne de la règle légale et la technique de l'*obiter dictum* ou le pourvoi dans l'intérêt de la loi qui, pour réaliser des arrêts de règlement, ne préjudicierait pas pour autant aux justiciables ».

¹⁸³⁸ C.E.D.H, 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49.

1. L'annonce indirecte du revirement

484. Privilégier les évolutions progressives en évitant les ruptures normatives – Parfois la juridiction mène une véritable politique d'évolution harmonieuse¹⁸³⁹, à travers la technique bien connue des « petits-pas »¹⁸⁴⁰. Si cette technique, déjà à l'œuvre, est *indispensable*, elle reste néanmoins *insuffisante*. Elle est indispensable car le processus psychologique de prévision repose sur la projection rationnelle vers un avenir que l'on anticipe selon les termes de l'état présent d'une situation, pris comme signes raisonnables d'anticipation de son état futur. L'imprévisibilité procède dès lors nécessairement d'une rupture inattendue, *entre le signifiant actuel et le signifié éventuel mais raisonnablement déterminable*. Le caractère *progressif* d'une évolution évite au contraire l'effet néfaste de la rupture en étant le support d'un enchaînement logique – donc perceptible par la raison – des signifiants et des signifiés. Dès lors l'instauration d'une prévisibilité satisfaisante de la norme jurisprudentielle passe nécessairement par la réduction autant que faire se peut de toute rupture franche¹⁸⁴¹, et la construction, dans l'idéal, d'évolutions harmonieuses devant conduire le changement en douceur, par étapes, de l'état du droit jurisprudentiel¹⁸⁴². Quoi que l'inflation des pourvois et la complexification du droit laissent pourtant de moins en moins de temps aux magistrats pour envisager le long terme, il semble indispensable que les hauts-magistrats s'abstiennent de procéder par à-coups, et procèdent à une modération des éventuels changements, par exemple en impulsant d'abord l'évolution souhaitée par voie d'arrêts d'espèce ou non publiés, avant de consacrer la solution comme norme au sein d'arrêts plus signifiants¹⁸⁴³. Toute la panoplie traditionnelle des publications et diffusions diverses¹⁸⁴⁴, de même que la composition plus ou

¹⁸³⁹ G. ROUZET, « La jurisprudence de la troisième chambre civile : une politique des petits pas ? », *RDC* 2012.672 ; A-S. CHONÉ, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », *LPA*, 24 décembre 2010, n°256, p. 7.

¹⁸⁴⁰ N. MOLFESSIS, préc., p. 150, n°37.

¹⁸⁴¹ Com. 7 octobre 2014, n°12-16844, Bull. IV, n°146.

¹⁸⁴² V. la méthodologie proposée par Mme le professeur DEUMIER, consistant pour la Cour de cassation à instaurer avec progressivité une solution de principe : « [L'arrêt] pose des normes provisoires aussi évolutives que les circonstances qui les appellent ; une fois éprouvée au gré des espèces, la proposition pourra se détacher de cette accumulation de cas et être généralisée dans un attendu de principe. [...] Les différentes étapes de la création du droit par le juge modifient le droit positif : le premier arrêt, en formulant une proposition de droit, qui donne une empreinte, et ouvre une période de plus ou moins grande incertitude ; le second, en énonçant le principe gisant dans les différents précédents fixe le sens du texte et met fin, au moins temporairement, à la période d'incertitude » (*in*. « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, t.50, 2006, p. 61, n°13).

¹⁸⁴³ P. DEUMIER, préc., p. 63. Pour un exemple saisissant de construction lente : D. HOUTCIEFF, « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP G*, n°46, 14 novembre 2011, p. 1250.

¹⁸⁴⁴ Sur la hiérarchisation des arrêts : G. CANIVET, « Vision prospective de la Cour de cassation », *Conférence à l'Académie des sciences morales et politiques le 13 novembre 2006* (site internet de la Cour) ; A. LACABARATS, « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.*2007.889 ; J-F WEBER, « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull.* n°702, 15 mai 2009, p. 6.

moins « prestigieuse » de la formation de jugement peut ici servir à accompagner une évolution en douceur vers une nouvelle position de principe¹⁸⁴⁵.

485. L'apport de la motivation enrichie – Les critiques à l'encontre du laconisme habituel de la Cour de cassation sont connues et anciennes¹⁸⁴⁶, quoi qu'on dise de lui qu'il concourt à la dignité de la fonction qui lui est dévolue¹⁸⁴⁷ – juger le droit – et constitue sans aucun doute l'un des traits les plus marquants du génie juridique français¹⁸⁴⁸. Une réflexion a été engagée par la Cour de cassation elle-même sur cette question en 2015¹⁸⁴⁹, preuve s'il en est d'une prise de conscience des hauts magistrats français quant au caractère crucial de cette problématique à la lumière des exigences de la Cour européenne¹⁸⁵⁰. L'importance d'une motivation conséquente des décisions¹⁸⁵¹ est d'autant plus cruciale lorsqu'une jurisprudence

¹⁸⁴⁵ V. par ex. L. PERDRIX, « Promesse unilatérale de contracter : un revirement à petits pas feutrés », *JCP G*, 2011.1316, qui note à propos de l'arrêt de la troisième chambre civile du 6 septembre 2011 (n° 10-20.362) : « tout a, semble-t-il, été mis en œuvre pour organiser une évolution en douceur de la jurisprudence de la troisième chambre civile. En effet, c'est par un arrêt de rejet inédit, rédigé en formule abrégée, qu'elle a décidé d'agir là où peut-être on ne l'attendait plus ».

¹⁸⁴⁶ V. not. A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDCiv.*1974.487 ; R. LINDON, « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975.I.2681 ; A. TUNC, « Conclusions : La Cour suprême idéale », *RIDC* 1978, vol. 30, p. 433, spéc. p. 464 et s. V. aussi : A. PERDRIAU, « La portée doctrinale des arrêts civils de la Cour de cassation », *in. Rapport de la Cour de cassation 1990*, p. 59 ; C. MOULY, préc., p. 15, n°14 ; R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTDCiv.*2000.679 ; S. GJIDARA, « La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, p. 20, spéc. n°60.

¹⁸⁴⁷ V. not. J. GHESTIN, « L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.*2004.2239, spéc. n°11 s. ; F. ZENATI, « La nature de la Cour de cassation », *in. Bull. d'information de la C. cass.*, 15 avr. 2003, p. 8 ; P. HEBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », *in. Mélanges offerts à P. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 347, n° 14.

¹⁸⁴⁸ V. not. Y. CHARTIER, « De l'an II à l'an 2000 – Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *in. Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, spéc. p. 271 et s.

¹⁸⁴⁹ Les travaux de la *Commission de réflexion sur la motivation des arrêts* se sont ouverts le 14 septembre 2015 à la Cour de cassation, dans le cadre d'une réflexion plus globale débutée en 2014 sur la réforme de la Cour. V. J-P JEAN, *Rapport de la commission de réflexion*, 22 février 2017, Service de documentation, des études et du Rapport de la Cour de cassation.

¹⁸⁵⁰ V. not. C.E.D.H, 14 janvier 2010, *Atanasovski c. ex-République Yougoslave de Macédoine*, 36815/03, § 36 et s. : La Cour a relevé dans cette affaire une violation de l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant le droit à un procès équitable car « cette jurisprudence [de la C.E.D.H] établie, reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, exige que les décisions des cours et des tribunaux exposent de manière adéquate les motifs sur lesquels elles sont fondées » (§36). Or « dans ces circonstances, la Cour observe que la Cour suprême a changé la jurisprudence dans l'affaire de la requérante en décidant le contraire de ce qui était établi jusque-là par la jurisprudence sur la question. À cet égard, la Cour note que le développement jurisprudence n'est pas, en soi, contraire à une bonne administration de la justice dès lors qu'un échec à maintenir une approche dynamique et évolutive risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration » (§38). Néanmoins « étant donné les circonstances particulières de l'espèce, la Cour estime que la jurisprudence bien établie impose un devoir pour la Cour suprême de faire un exposé plus substantiel des raisons justifiant le revirement. Cette cour était appelée à fournir au demandeur *une explication plus détaillée des raisons pour lesquelles son affaire avait été tranchée dans un sens contraire à la jurisprudence existante* » (§ 38). Nous soulignons.

¹⁸⁵¹ V. not. A. TOUFFAIT, A. TUNC, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment celles de la Cour de cassation », *RTDCiv.*1974.487 ; R. LIBCHABER, « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTDCiv.*2000.679 ; S. GJIDARA, « La motivation des décisions de

balbutiante en est encore à conforter son assise théorique, ou lorsque pérenne, elle s’engagerait sur la voie d’un revirement : elle servirait alors de canal privilégié pour impulser le changement, en laissant paraître, de manière plus ou moins claire en fonction de l’imminence du revirement, des éléments suffisants d’anticipation¹⁸⁵². Depuis 2015 une expérimentation a lieu à la Cour de cassation pour enrichir la motivation de certains arrêts : « il s’agit de rendre visibles certains éléments de la prise de décision jusque-là cachés ou exprimés hors des arrêts »¹⁸⁵³. La Cour, notamment, explicite par-là ses revirements : « à partir du moment où [elle] admet qu’elle ne peut maintenir son précédent, elle doit donner les raisons qui justifient de malmener la stabilité de sa jurisprudence »¹⁸⁵⁴. Deux décisions de la chambre commerciale du 29 mars 2017¹⁸⁵⁵ ont sur ce point été particulièrement remarquée, qui explicitent de façon particulièrement pédagogique les raisons du revirement opéré : « [la Cour] établit ainsi une forme de *chaîne de décisions* pour faire apparaître la difficulté qu’elle entend régler mais aussi pour préparer sa solution. [...] *Pour renforcer la cohérence de sa jurisprudence*, elle replace d’ailleurs ces solutions dans un cadre procédural plus large en citant des décisions de la deuxième chambre civile [...] »¹⁸⁵⁶. Un tel enrichissement de la décision semble de nature à rendre plus prévisible les évolutions de la jurisprudence pour les professionnels du droit sur qui repose la charge d’informer ou de conseiller les parties sur les évolutions prévisibles de l’environnement normatif du contrat¹⁸⁵⁷.

486. Le développement des *obiter dicta* – La technique des *obiter dicta* nous semble dans cette perspective pouvoir être développée et valorisée, comme un instrument juridictionnel – au sens propre de *dire le droit* – à part entière. L’*obiter dictum*¹⁸⁵⁸ sert « à faire connaître à l’avance, à toutes fin utiles, le sentiment du juge sur une question autre que la solution du

justice : impératifs anciens et exigences nouvelles », *LPA*, 26 mai 2004, n°105, p. 3 ; plus généralement sur les problématiques afférentes à la rédaction des décisions de la Cour : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, t.50, 2006, p.49 s. ; du même auteur : « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.2015.2022*.

¹⁸⁵² V. par ex. : P. DEUMIER, « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTDCiv.2016.65*.

¹⁸⁵³ P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.2017.1783*.

¹⁸⁵⁴ *Idem*, p. 1786.

¹⁸⁵⁵ Com. 29 mars 2017, n°15-17659 et n°15-24241 : *Rev. procédures 2017*, comm. 121, obs. H. CROZE ; *CCC 2017*, comm. 98, obs. N. MATHEY.

¹⁸⁵⁶ N. MATHEY, « Pratiques restrictives et juridiction spécialisée », *CCC 2017*, n°5, comm. 98. Nous soulignons.

¹⁸⁵⁷ V. par ex. : Civ. 1, 12 octobre 2016, n°15-18659 : *RDC 2017.48*, obs. S. PELLET, qui censure la décision des juges du fond qui n’avaient pas recherché « si l’évolution de la jurisprudence interprétant ces dispositions et relative à la protection de la caution *rendait prévisible*, à la date de l’intervention du notaire, *une évolution comparable de la jurisprudence interprétant les mêmes dispositions* et relative à la protection de celui qui confiait à un tiers le mandat de souscrire en son nom un engagement de se porter caution par acte authentique » (nous soulignons).

¹⁸⁵⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V° *obiter dictum*.

litige en cause exige de trancher »¹⁸⁵⁹. Dans sa politique de prévention du risque normatif, la Cour de cassation pourrait user abondamment de cette technique, jusque-là restée quelque peu anecdotique¹⁸⁶⁰ pour communiquer sur la politique jurisprudentielle à long terme, et indiquer de manière plus ou moins claire les évolutions à prévoir dans la façon de trancher le litige, tout en préservant la sécurité juridique de l'affaire en cours, qui ne subit pas le revirement.

487. Réfléchir à la possibilité d'une publication des opinions dissidentes – Toute la philosophie de notre système juridique semble rétive à l'idée que l'on puisse admettre – en le rendant public – un pluralisme interne au sein des juridictions : la fonction judiciaire est en effet déléguée par le souverain. Certes, formellement le système démocratique fait que celui-ci est le peuple : c'est d'ailleurs en son nom que sont rendues les décisions, mais dans l'imaginaire collectif, fortement marqué par l'expérience monarchique, la fonction judiciaire demeure une compétence régaliennne déléguée à des magistrats¹⁸⁶¹. Leurs individualités doivent alors s'effacer devant l'unité de la fonction qu'ils exercent et dont ils ne sont que les instruments. Le mode de rédaction des décisions de la Cour de cassation tend d'ailleurs à donner vie au mythe d'une personnalisation abstraite de la juridiction : énoncé en une seule phrase, ponctuée d'*attendus*, sans faire de place à aucune introspection quant aux débats ayant pu surgir sur les questions soumises, la Cour parle d'une seule voix, souvent brièvement, réservant dans le secret des délibérations¹⁸⁶² les éventuelles divergences d'opinions qui ont pu parfois précéder sa décision¹⁸⁶³. Cette négation des individualités méconnaît les ressorts naturels de la « vie » de la jurisprudence, qui n'est pas simplement une façon de trancher, affirmée péremptoirement, et variant de temps en temps au grès des circonstances : elle est le fruit de compromis, de discussions, d'influences, de la conjonction des expériences et le débat juridique est en vérité comme étouffé par l'impératif manteau d'unité qui recouvre la diversité

¹⁸⁵⁹ *Idem, ibid.*

¹⁸⁶⁰ V. not. S. TOURNAUX, « *L'obiter dictum* de la Cour de cassation », *RTDCiv.*2011.45.

¹⁸⁶¹ On trouve sur le site internet de la Cour d'appel de Paris (consulté le 8 novembre 2015) l'explication suivante : « sous l'ancien régime, les rois donnaient, chaque année à l'ouverture du Parlement ou lors de la création d'un nouveau parlement en province, des costumes semblables aux leurs aux magistrats des parlements; costume que le roi portait au moment de son sacre, lorsqu'il entrait dans une ville et à son enterrement. Cette coutume matérialisait le principe selon lequel la justice est l'attribut essentiel des souverains. Le roi délègue aux magistrats le soin de rendre la justice, aussi ces derniers devaient porter les mêmes habits que lui ».

¹⁸⁶² Voir not. : Article L. 251-5 du code de l'organisation judiciaire.

¹⁸⁶³ Ce serait en effet « la garantie de l'autorité de sa décision, considérée comme monolithique, en quelque sorte impériale, et, en tant que telle, forçant le respect » (J-P ANCEL, « Les opinions dissidentes », *Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement*, 5^{ème} conférence, 18 octobre 2005, site internet de la Cour de cassation). C'est précisément cette philosophie que l'on retrouve derrière la jurisprudence du Conseil d'Etat consacrant le secret des délibérations comme principe général du droit public français, car il aurait pour objet de « s'assurer l'indépendance des juges et l'autorité morale de leurs décisions » : CE, 17 nov. 1922, *Léguillon* (nous soulignons) ; *Rec.* 1922, p. 849.

des opinions exprimées une fois passée le stade de la délibération, alors même que ce sont ces opinions qui sont le matériau dont sont faites les solutions, et les semences de possibles revirements, lorsque le consensus cesse d'exister¹⁸⁶⁴. Le débat sur la publication des opinions séparées, ou au moins l'introduction dans la décision d'éléments permettant de juger de la portée du consensus, devrait donc à notre sens être ouvert¹⁸⁶⁵, car il nous semble y avoir là un élément pouvant concourir de manière positive à l'amélioration de la prévisibilité des revirements¹⁸⁶⁶, en fournissant aux sujets de droit les éléments nécessaires pour juger du caractère assuré ou non d'une solution, en complément du « marquage » déjà effectué par la Cour¹⁸⁶⁷.

2. L'annonce indirecte des revirements

488. Accentuation de la politique de communication de la Cour de cassation – Toute vieille dame qu'elle soit, la Cour de cassation communique depuis longtemps¹⁸⁶⁸, et ses publications diverses sont des sources précieuses d'enseignements permettant à la doctrine d'enrichir ses appréciations. La publication de l'arrêt et son commentaire au *Bulletin d'information*, comme l'analyse qui assortit les arrêts sélectionnés pour une parution dans le *Rapport annuel*, ou les éventuels communiqués accompagnant une décision permettent ainsi de saisir certains des ressorts qui ont présidé à son adoption. Ils sont un outil important de connaissance de la « doctrine » de la Cour et peuvent de ce fait fonder certaines anticipations quant à son évolution¹⁸⁶⁹, contribuant ainsi à améliorer la prévisibilité de la jurisprudence.

489. Développement des mécanismes de « consultation » – Dans la même perspective, et sous les mêmes réserves, le développement de mécanismes tels que la *saisine pour avis*, ou le *pourvoi dans l'intérêt de la loi*, peuvent être un canal important d'éléments d'anticipation, en particulier face à une solution floue, encore vierge d'interprétation, ou mal assise. La

¹⁸⁶⁴ J. BOURDOISEAU, « Le secret de la délibération », *Procédures* n° 3, Mars 2011, dossier 6, n°2.

¹⁸⁶⁵ V. par ex. : F. ZENATI-CASTAING, « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDCiv.*2016.511.

¹⁸⁶⁶ V. not. : *idem*, n°21. M. le professeur AUBERT préconisait pour sa part de réfléchir à la mise en place de mécanismes d'expression des opinions dissidentes, car cela permettrait « de mieux éclairer le débat juridique, de mieux mesurer la vigueur de l'interprétation dominante, et par là même, d'augmenter la prévisibilité des revirements de jurisprudence » (« Pour des rébellions constructives », *RTDCiv.*1992.338).

¹⁸⁶⁷ Diffusion et publication, type de formation, indication du nom des magistrats, etc...

¹⁸⁶⁸ Cf. Y. CHARTIER, préc., p. 269.

¹⁸⁶⁹ J-G HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers cons. constit.*, n°11, 2001, p. 89.

procédure de *saisine pour avis* de la Cour de cassation¹⁸⁷⁰ en particulier présente un intérêt tout particulier en vue de la prévention du risque, judiciaire d'abord, en asséchant certaines velléités contentieuses, mais aussi et surtout normatif¹⁸⁷¹, en permettant « à la juridiction suprême de faire savoir immédiatement comment elle pense qu'un texte doit être interprété, comment en tout cas il est vraisemblable qu'elle l'interpréterait si elle était saisie d'un pourvoi »¹⁸⁷². En jouant le rôle d'un instrument d'unification de l'interprétation jurisprudentielle (tout en n'ayant aucun caractère contraignant, ni pour la juridiction qui sursoit à statuer¹⁸⁷³, ni même pour la Cour de cassation elle-même), et ce avant toute saisine contentieuse, hors du cadre strict donc de la fonction judiciaire à proprement parler, l'avis rendu permet d'anticiper la façon dont telle ou telle question serait tranchée dans le cas où elle serait amenée devant la Cour par le biais d'un pourvoi.

490. Conclusion de la sous-section 2 relative à l'intégration dans le contrat du risque jurisprudentiel – Si la jurisprudence ne crée pas de normes propres, il n'y a pas lieu de s'interroger sur l'imprévisibilité de celles-ci. De façon paradoxale¹⁸⁷⁴, reconnaître que la jurisprudence crée du droit contribuerait significativement à accroître la protection des justiciables, au premier chef desquels les contractants, dont les prévisions quant à l'environnement normatif sont toujours susceptibles de se voir remises en causes dans l'hypothèse d'un revirement.

A la différence de la loi, eu égard aux conditionnements tenant à sa nature même, le risque que l'activité juridictionnelle fait peser sur les situations contractuelles, notamment du fait de l'imprévisibilité des revirements de jurisprudence, ne peut pas faire l'objet d'une élimination. Une mise en œuvre satisfaisante de la prévisibilité pourra néanmoins passer par une modernisation des pratiques des juridictions *dans le sens d'une plus grande transparence du processus d'évolution de leur jurisprudence*. La réforme en cours à la Cour de cassation a notamment permis l'expérimentation de la *motivation enrichie* des arrêts, dont on constate qu'elle permet d'intégrer la décision rendue dans une cohérence jurisprudentielle en indiquant expressément les précédents qu'elle vient confirmer ou amender¹⁸⁷⁵. En outre une plus grande

¹⁸⁷⁰ Règlementée aux articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire. V. not. J-L AUBERT, « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », in. *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 11.

¹⁸⁷¹ B. BEIGNIER, C. BLERY, *op. cit.*, p. 165.

¹⁸⁷² J. BUFFET, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.

¹⁸⁷³ Cf. Article L. 441-3 du code de l'organisation judiciaire.

¹⁸⁷⁴ V. sur ce point : B. BEIGNIER, C. BLERY, *op. cit.*, n°149, p. 169.

¹⁸⁷⁵ P. DEUMIER, « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.2017.1783*.

pédagogie dans l'explication des motifs ayant conduit à la solution retenue devrait également contribuer à améliorer l'anticipation des évolutions de l'environnement normatif par les professionnels du droit au bénéfice notamment des contractants¹⁸⁷⁶.

491. Conclusion de la section 2 relative à la prévention du risque normatif – La régulation par le droit du risque normatif apparaît doublement limitée. D'une part, en l'absence de consécration d'un principe supérieur de prévisibilité dans la hiérarchie des normes, elle ne repose que sur une logique d'autorégulation de la loi ou du juge, ce qui obère de manière évidente sa fiabilité. Le phénomène est perceptible dans les accommodements que connaît le principe de l'article 2 du Code civil, ou dans l'absence de régulation des revirements de jurisprudence fondée sur le refus obstiné de lui reconnaître la nature de source du droit. D'autre part, même en présence d'une telle consécration, il ne semblerait pas souhaitable ni même possible de prôner la mise en place d'une régulation stricte du risque normatif : les évolutions de la loi, tout comme celles de la jurisprudence participent du fonctionnement normal d'un Etat de droit.

Plusieurs propositions peuvent néanmoins être faites pour rendre ce risque prévisible, à défaut d'offrir aux contractants une certitude quant à la stabilité de la norme. A l'égard du risque légal il conviendrait d'une part *de constitutionnaliser, pour ce qui concerne le droit des contrats, un droit au maintien de la légalité acquise sur le modèle du droit pénal*, et *d'encadrer plus strictement la possibilité pour le juge d'appliquer la loi nouvelle à une situation contractuelle en cours en proposant une application différenciée en fonction du degré de prévisibilité de l'évolution normative pour celui à qui l'on cherche à l'opposer*.

A l'égard du risque jurisprudentiel, il conviendra d'évaluer l'impact de la réforme de la Cour de cassation, et en particulier de l'expérimentation de la motivation enrichie, et de développer un certain nombre de mécanismes favorisant la prévisibilité des évolutions jurisprudentielles.

492. Conclusion du chapitre 2 relatif à la limite technique tenant à la source du risque – La mise en œuvre par la loi d'une prévisibilité contractuelle apparaît limitée sur le plan technique. Les causes de cette limitation tiennent d'une part à *la nature de la règle de droit* comme instrument de la régulation, qui laisse hors de son champ l'ensemble des risques matériels en raison de son impuissance à contraindre des sources non personnelles de risque, et d'autre part à *des conditionnements propres à cette catégorie spécifique de risque*

¹⁸⁷⁶ S. PELLET, « Le professionnel du droit face à l'évolution de la jurisprudence ou l'art d'être devin...mais pas trop ! », *RDC* 2017.48.

personnel que constitue l'environnement normatif du contrat. Eu égard à ces limites quel pourrait alors être l'apport d'une consécration du principe de prévisibilité contractuelle, dont il apparaît qu'il se trouve déjà mis en œuvre comme une simple exigence nonobstant son absence de reconnaissance formelle ? Au terme de l'étude de ses applications possibles sur le plan légale, il apparaît qu'il serait double.

D'une part la reconnaissance de la prévisibilité contractuelle comme principe directeur du droit des contrats permettrait d'assurer une plus grande cohérence de la régulation du risque en assurant *un équilibre des mécanismes de régulation* comme cela a pu être constaté à propos des délais de l'offre et de l'acceptation, ou des droits de rétractation en droit de la consommation. D'autre part elle apparaît nécessaire à *une régulation efficace du risque normatif* dans la mesure où celle-ci se trouve conditionnée par l'existence d'une norme supérieure à laquelle devrait se conformer le droit lui-même, qui jusqu'à présent semble essentiellement procéder par voie d'auto contrainte.

Quoi qu'il soit limité dans sa mise en œuvre, la reconnaissance d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle aurait donc tout à la fois une vertu théorique mais aussi pratique, puisque, sans prétendre à une application directe il offrirait un instrument efficace d'évaluation et de structuration pour de nombreuses règles de droit d'ores et déjà à l'œuvre.

Conclusion du Titre I

relatif à une mise en œuvre limitée :

la prévisibilité légale

493. Apport d'un principe directeur de prévisibilité – L'étude de la mise en œuvre par le biais de la loi de la prévisibilité contractuelle fait apparaître un bilan contrasté. Il apparaît non seulement que le droit positif pose d'ores et déjà un certain nombre de règles pour réguler les risques contractuels, mais encore qu'une exigence de prévisibilité est d'ores et déjà présente dans le droit positif et fonde assez souvent lesdites règles. Dans ce contexte, on peut s'interroger sur l'intérêt qu'aurait une consécration d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle. Est-il en effet réellement utile d'ajouter à l'appareil théorique déjà existant un principe supplémentaire au risque de proposer *a posteriori* une explication, certes séduisante, de mécanismes qui lui préexistaient et ont su se développer sans lui ? La critique est alors évidente : « dans l'émergence et dans la promotion de nouveaux principes directeurs, il y a parfois quelque chose qui tient de la déconstruction des règles. Car dans certains cas il s'agit ni plus ni moins que de remplacer des corps de règles techniques par de grandes lignes directrices vagues et malléables à loisir »¹⁸⁷⁷. Il semble pourtant, au terme de l'étude de ses applications possibles, que la reconnaissance formelle d'un tel principe aurait deux intérêts.

Le premier consisterait à permettre *une approche plus cohérente de certaines règles et mécanismes légaux*. Même reconnue en tant que principe, la prévisibilité contractuelle ne saurait prétendre à une application directe : elle pourrait néanmoins orienter l'application du droit positif en offrant des critères relativement simples d'usage pour assurer une cohérence du droit et de son objet (en l'occurrence l'acte de prévision qu'est le contrat). L'on proposera par exemple la suppression, à l'article 1195 alinéa 2 du Code civil, de la possibilité d'une révision judiciaire du contrat non décidée conventionnellement ; l'ajout à l'article 1117 du Code civil d'un délai légal de caducité pour ne pas laisser le pollicitant dans l'incertitude du délai raisonnable ; la réduction du délai d'exercice du droit de rétractation dans les contrats à distance de 14 à 7 jours, et l'alignement dans certaines hypothèses du régime de la rétractation légale sur celui du dédit conventionnel en prévoyant une indemnité légale de rétractation, etc.

¹⁸⁷⁷ T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », *RDC* 2013.336, n°18.

Autant de règles dont l'existence s'explique souvent par l'exigence de prévisibilité contractuelle qui innerve depuis longtemps le droit des contrats, mais dont la mise en cohérence proposée ne sera rendue possible qu'en intégrant formellement celle-ci dans la hiérarchie des normes.

Le second tient dans *l'impossibilité de proposer, en l'état actuel du droit positif, une régulation efficace du risque normatif*. Afin de dépasser le phénomène d'autorégulation de la loi et de la jurisprudence, qui n'offre guère de garanties sérieuses aux contractants, il conviendrait là encore que cette régulation vienne de l'extérieur : de la nature même de l'acte contractuel, de la Constitution, de la reconnaissance en droit français du principe de confiance légitime,... les possibilités sont diverses mais toutes reviennent d'une façon ou d'une autre à consacrer la prévisibilité contractuelle au rang de principe.

494. Enjeux de la consécration de la prévisibilité – Dans le même temps, force est de constater que le recours à un tel fondement ne va pas sans poser la question de la définition même du contrat. La prévisibilité contractuelle repose en effet sur une certaine vision du contrat : l'opposition classique entre le contrat « acte de volonté » ou « acte de prévision »¹⁸⁷⁸ doit être résolue au profit de ce-dernier, avec toutes les conséquences que cela entraîne notamment sur le principe de force obligatoire des conventions. L'évaluation de sa rénovation fait apparaître d'une part que *les théories de l'attente légitime ou de la protection de la confiance légitime sont insuffisantes pour prétendre être le support de cette rénovation*, et d'autre part que *la prévisibilité contractuelle est au contraire apte à en fixer un cadre équilibré et respectueux de la sécurité juridique*.

495. Limites de la mise en œuvre légale de la prévisibilité – La mise en œuvre légale de la prévisibilité contractuelle apparaît néanmoins très limitée. Deux facteurs d'impuissance sont apparus : le premier a trait à la nécessité d'une personnalité juridique de la source du risque pour pouvoir mettre en œuvre une élimination de celui-ci, le second porte sur les contraintes liées à la limitation des évolutions normatives. En raison de ce caractère limité *il apparaît opportun d'encourager les parties à se saisir elles-mêmes de la régulation du risque*. Le principe de liberté contractuelle apparaît en effet constituer un instrument efficace pour permettre une régulation bien plus large des risques : il sera ainsi possible, sous réserve du respect de l'ordre public, de faire échapper les parties au risque des variations normatives par la stipulation de clauses de stabilisation, d'intangibilité, ou d'une clause compromissoire ;

¹⁸⁷⁸ H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 44.

d'encadrer plus ou moins strictement les comportements des parties par un renforcement du cadre juridique de l'accord ; de faire varier la définition de la force majeure, ou de prévoir en amont les modalités de gestion d'un bouleversement des circonstances économiques en écartant par là le risque d'imprévisibilité de l'article 1195 du Code civil¹⁸⁷⁹ ; etc. Le caractère très largement supplétif de l'ordonnance du 10 février 2016 doit ainsi conduire à encourager la mise en œuvre par les parties d'une prévisibilité conventionnelle de principe.

¹⁸⁷⁹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 384 : « le texte étant supplétif de volonté, il suffira pour les contractants d'insérer une clause excluant l'application de l'article 1195 pour revenir au système antérieur ».

TITRE II :

UNE MISE EN ŒUVRE ENCOURAGÉE : **LA PRÉVISIBILITÉ CONVENTIONNELLE**

496. *Primauté de la régulation conventionnelle* – En raison des limites qui sont apparues, il semble que la prévisibilité conventionnelle doive passer à titre principal par un aménagement conventionnel de la régulation du risque. Mais au-delà de cette justification technique, deux arguments plus fondamentaux inclinent à opter pour une hiérarchisation de la mise en œuvre de la prévisibilité au profit de la convention: un argument *tenant à la politique juridique* actuelle d'une part, *une considération d'efficacité* d'autre part.

497. *Une politique juridique qui encourage la prévisibilité conventionnelle* – Le droit des contrats issu de l'ordonnance du 10 février 2016 apparaît laisser une large part à l'initiative conventionnelle, au-delà des quelques dispositions d'ordre public qui viennent limiter la liberté contractuelle, qu'elles soient explicites ou non : « il est remarquable que la première règle du Code civil relevant du régime de droit commun du contrat soit la liberté contractuelle. Certes, cette localisation ne confère aucune force normative supplémentaire. Il n'empêche que, symboliquement, occuper la première place exprime de la part du législateur une hiérarchie des valeurs, l'expression d'un choix idéologique ou politique »¹⁸⁸⁰. Cette orientation libérale apparaît conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui depuis 2013 a pleinement consacré le principe de liberté contractuelle comme un droit à valeur

¹⁸⁸⁰ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 45.

constitutionnelle¹⁸⁸¹, suite logique de la reconnaissance de la liberté d'entreprendre¹⁸⁸². Des travaux ont d'ailleurs fait ressortir « que le droit adopte une attitude positive à l'égard de l'anticipation volontaire de l'imprévisibilité des faits, notamment en écartant l'application de règles impératives qui pourraient s'y opposer. La liberté contractuelle, qui tend à être plutôt restreinte par l'expansion de l'ordre public, reprend toute sa place en présence d'une légitime volonté d'anticipation de la part d'imprévisibilité de certains faits, devant laquelle les règles impératives semblent s'effacer »¹⁸⁸³. Mais au-delà de cette attitude de bienveillance passive, il est possible d'identifier de réelles incitations, des encouragements, à une prise en compte du risque dans la convention, « se traduisant à la fois par l'élargissement du champ de la liberté d'anticipation et par l'incitation à l'usage de cette liberté d'anticipation »¹⁸⁸⁴.

498. Une prévisibilité conventionnelle plus efficace – Le risque fait partie du mécanisme contractuel, et parfois même il en constitue le principal intérêt lorsqu'il entre dans les motifs qui sous-tendent l'émission du consentement. Ce faisant, il représente une part de l'équilibre qui a déterminé le contrat et, au stade où il est seulement éventuel, n'a d'intérêt pour les contractants *que s'il peut être appréhendé en tant que tel*. L'intérêt est alors soit de s'en protéger, soit de s'en servir¹⁸⁸⁵ : les parties essayant d'anticiper ce qui adviendra pour « parier » dessus en quelque sorte dans le sens de leurs intérêts. La part d'aléa qui affecte l'évènement risqué, c'est-à-dire seulement éventuel, doit alors être perçue en tant que telle afin que les contractants n'en subissent pas l'effet de surprise : ce qui importe donc à ce stade, c'est que les parties au contrat puissent avoir connaissance du risque pesant ou non sur leur engagement, *ce à quoi les règles légales peuvent contribuer de manière essentielle notamment en veillant à une correcte information des contractants*, et en mettant en œuvre une régulation préventive du risque pour en empêcher, lorsque c'est nécessaire, la survenance. Mais dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, c'est aux parties qu'il appartient au premier chef de définir comment elles entendent s'y confronter. Il en va de leur liberté, de leur responsabilité, et de leur intérêt qu'elles sont le mieux à même d'apprécier : KELSEN expliquait ainsi la force obligatoire des conventions par cette idée que « le législateur veut laisser aux sujets de droit *le soin de régler eux-mêmes leurs intérêts économiques et autres*, et

¹⁸⁸¹ C. constit. 13 juin 2013, DC n°2013-672 (préc.) V. cependant antérieurement : Cons. constit. 19 décembre 2000, DC n°2000-437 (préc.) qui consacrait le libre choix du cocontractant en le rattachant à l'article 4 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789.

¹⁸⁸² C. constit. 16 janv. 2001, DC n° 2000-439.

¹⁸⁸³ J. HEINICH, *op.cit.*, p. 290, n°304.

¹⁸⁸⁴ *Idem*, p. 326, n°358.

¹⁸⁸⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, spéc. n°8.

parce qu'il estime qu'une réglementation indépendante et autonome de ces intérêts *est la solution la mieux indiquée et la plus juste* »¹⁸⁸⁶.

Ce n'est qu'à défaut d'anticipations satisfaisantes que le droit pourra intervenir en vue de rétablir l'équilibre rompu ou à tout le moins d'en gérer les conséquences au mieux des intérêts de chacun.

499. Une conciliation nécessaire de la liberté et de la justice – Cette primauté reconnue à la convention dans l'aménagement de son rapport avec le risque peut néanmoins représenter un danger. En effet, en fonction de la tolérance subjective au risque, les parties pourront être amenées à faire varier le niveau d'exposition jusqu'à heurter les exigences de la *justice* qui, à côté de l'*utilité*, conditionne l'obligatorité du contrat : « considéré dans sa fonction principale d'instrument des échanges de biens et de services, le contrat est, comme les obligations en général, *soumis au principe de justice commutative*. Il ne faut pas qu'il détruise l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne. Il y a lieu pour cela de présumer que le contrat, conclu par des individus libres et responsables, est de ce fait conforme à la justice. Mais [...] la constatation d'un déséquilibre excessif entre les prestations, ou la preuve que l'une des parties n'a pas été en situation d'apprécier ou de défendre normalement ses intérêts justifie l'intervention des pouvoirs publics »¹⁸⁸⁷. L'organisation conventionnelle de la confrontation des prévisions avec le risque devra se soumettre à un contrôle légal et judiciaire visant à garantir le respect de la justice des contrats. Or il importe de trouver un équilibre entre la liberté de prendre des risques et la sanction des contrats ou des clauses déséquilibrées.

500. Apport d'une reconnaissance d'un principe directeur de prévisibilité – Dans cette perspective la reconnaissance d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle nous semble être de nature à permettre cet équilibre. Non seulement il offre aux contractants un critère sûr pour guider la mise en place d'une régulation conventionnelle du risque (**chapitre 1**), mais il fixe également le cadre du contrôle de cette régulation par le droit (**chapitre 2**), ce qui est de nature à assurer *la prévisibilité des interventions judiciaires dans le contrat*.

¹⁸⁸⁶ H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*.1940.48.

¹⁸⁸⁷ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D*.1990.150. Nous soulignons.

Chapitre 1:

La mise en oeuvre d'une régulation conventionnelle

501. La gestion du risque : le droit en retrait...— L'implication du droit à l'égard de l'anticipation du risque apparaît *relativement sommaire* : les règles positives procédant la plupart du temps par voie d'imputation (*res perit domino, res perit debitori, actori incumbit probatio, etc.*), sans autre considération des intérêts des parties. Ainsi le créancier chirographaire, qui a omis de se constituer une sûreté conventionnelle, est-il relégué par la loi en dernière position dans l'ordre de revendication des créances : la loi du concours¹⁸⁸⁸ est en effet une simple règle d'organisation des revendications *qui ne prétend pas gérer le risque de défaillance, mais simplement l'ordre de satisfaction des créanciers*. Il s'agit donc d'assurer une *prévisibilité minimale* de la gestion du risque en anticipant l'éventualité de sa survenance, mais en incitant les contractants à aller au-delà de ce qui est prévu par le droit. Ainsi la limitation même du droit de gage général des articles 2284 et 2285 du Code civil encourage-t-elle la constitution de sûretés conventionnelles. Selon toute évidence, l'introduction de la révision judiciaire pour imprévision à l'article 1195 du Code civil procède également d'une volonté du législateur d'inciter les parties à anticiper la gestion conventionnelle de l'imprévision¹⁸⁸⁹. De même est-il admis que les parties puissent aménager conventionnellement la définition légale de la cause de force majeure de l'article 1218 du Code civil : « l'existence d'une définition légale de la force majeure vient-elle brider la liberté contractuelle ? Sans doute pas. [...] Mieux, l'économie du texte invite les parties à se saisir du problème de la force majeure. [...] En d'autres termes, le système de l'article 1218 pousse le débiteur à demander l'insertion de clauses qui étendent la qualification de force majeure à des événements que la définition légale exclut »¹⁸⁹⁰.

¹⁸⁸⁸ D. LEGEAIS, « Sûretés », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016 (à jour : oct. 2016), n°13.

¹⁸⁸⁹ V. par ex. : Ph STOFFEL-MUNCK, « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », RDC 2016.33 ; F. CHENEDE, *op. cit.*, n°25-81.

¹⁸⁹⁰ G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, p. 539.

502. La possibilité d'une adaptation de la prévisibilité légale – Les contractants conservent en outre, grâce au principe de liberté contractuelle, une certaine faculté d'adaptation des mesures préventives mises en place par le droit. Cette adaptation pourra conduire les parties soit à accentuer la prévention du risque, soit à l'assouplir, *en fonction de leur appétence au risque* (que les anglo-saxons désignent sous le terme parlant de « *risk appetite* »). Le risque, en effet, représentera souvent une *valeur*¹⁸⁹¹. L'idée est commune dans le domaine des assurances, mais beaucoup moins dans le droit commun des contrats. Elle se manifeste pourtant dans certaines exigences légales : la clause pénale ou la clause de dédit consistent par exemple à affecter une valeur au risque d'inexécution (à des fins dissuasives pour la première)¹⁸⁹², la validité de la clause de non-concurrence sera conditionnée par la vérification du caractère non-négligeable de sa contrepartie financière, etc.

503. Annonce du plan – La mise en œuvre d'une régulation conventionnelle efficace du risque devra passer par l'anticipation des modalités de gestion du risque au cas où il se réaliserait (**section 1**), mais elle pourra aussi conduire les parties, lorsqu'elles le jugeront utile, à faire usage de leur liberté contractuelle pour adapter le niveau de risque auquel elles entendent se soumettre (**Section 2**), en accentuant ou réduisant le niveau de la prévention légale.

Section 1 : La gestion du risque

504. L'appréhension contrastée du risque– Le rapport au risque contractuel apparaît très inégal¹⁸⁹³ : en fonction de la qualité des parties (contrat entre particuliers, entre consommateur et professionnel, contrats commerciaux) et du secteur d'activité considéré (il sera ainsi essentiel dans le domaine des assurances), il apparaît sujet à un triple conditionnement.

Une première disparité peut être relevée entre les risques occasionnés par *l'activité contractuelle ponctuelle* de l'entreprise et ceux, juridiques ou non, affectant *l'environnement* dans lequel celle-ci évolue. Ainsi, l'activité de gestionnaire des risques (*risk manager*),

¹⁸⁹¹ PORTALIS disait : « nous savons que les événements incertains sont une matière licite à contrat, et que les espérances et les risques peuvent recevoir un prix » (*in*. F. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par J-E-M PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, p. 281).

¹⁸⁹² V. not. T. GENICON, « Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2015.449.

¹⁸⁹³ V. not. J. LACROIX, *Analyse et gestion des risques dans les grandes entreprises, impacts et rôle pour la DSI*, rapport C.I.G.R.E.F / I.E.R.S.E, 2007, spéc. p. 17 (consulté le 5.02.2017 sur www.cigref.fr), qui distingue les cultures du risque très diverses pouvant exister entre les sociétés d'assurance, les banques, les industries de défense, etc.

actuellement en plein essor¹⁸⁹⁴, n'intègre qu'à la marge le risque contractuel¹⁸⁹⁵ : les stratégies mises en œuvre relèvent plus d'une appréciation globale des risques¹⁸⁹⁶, voire des risques juridiques¹⁸⁹⁷, que d'un « micro management » au cas par cas pour chaque opération contractuelle particulière.

Un deuxième conditionnement tient au *type de contrat* : l'attention portée au risque sera plus forte dans le cadre d'une négociation commerciale avec un partenaire de force équivalente ou supérieure, qu'en présence de contrats de masse gouvernés par des conditions générales à l'adhésion desquelles est conditionné le contrat. Le mécanisme du contrat d'adhésion « dont les conditions générale, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁸⁹⁸, s'il peut présenter de réels avantages en termes de sécurité juridique¹⁸⁹⁹, manifeste néanmoins une domination du contractant sommé d'accepter « en bloc » : l'entreprise sera alors plus volontiers négligente ou imprudente dans la rédaction de ses conditions générales, se contentant parfois de clauses-types mal adaptées à son activité.

Enfin, à l'occasion de la négociation et de la rédaction du contrat, *la catégorie de risques considérée*, va également influencer sur la mise en place d'une régulation efficace : les risques matériels sont habituellement appréhendés de manière détaillée par le biais de clauses de force majeure ou de clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité, alors que l'attention portée au risque propre à l'*instrumentum* (rédaction défectueuse de certaines dispositions faisant peser un risque d'une interprétation judiciaire ultérieure) apparaît plus relâchée...

505. Annonce du plan – L'anticipation des risques apparaît pourtant nécessaire (**sous-section 1**), et la richesse des techniques pour ce faire, souvent mal exploitée (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : Nécessité d'une contractualisation du risque

506. Annonce du plan – L'anticipation de la gestion du risque par le contrat est nécessaire dans la mesure où *le retrait du droit* laisse bien souvent les contractants face à leurs

¹⁸⁹⁴ V. par ex. : « Être "risk manager", ça ne s'improvise pas ! », (article consulté le 4.02.2017 sur le site : www.business.lesechos.fr), qui souligne : « si elle n'est pas encore officiellement reconnue, la fonction de "risk manager" s'impose progressivement dans les entreprises qui prennent conscience de l'importance d'une bonne gestion des risques ».

¹⁸⁹⁵ « La gestion du risque juridique, une stratégie à intégrer », (article consulté le 4.02.2017 sur le site : www.business.lesechos.fr).

¹⁸⁹⁶ La consultation du référentiel métier *Risk manager* publié par l'Association *Management des risques et des assurances de l'entreprise*, est de ce point de vue révélatrice.

¹⁸⁹⁷ V. par ex. : F. VERDUN, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, 2006.

¹⁸⁹⁸ Article 1110 du Code civil.

¹⁸⁹⁹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 63.

responsabilités en la matière (§1), et où il en va en outre *de leur intérêt* d'aménager eux-mêmes l'équilibre qu'ils souhaitent pour leur relation (§2).

§1 : Le retrait du droit

507. Une sollicitude à plusieurs vitesses – L'ordonnance du 10 février 2016 semble manifester une sollicitude nouvelle envers le contractant en difficulté : consécration de la théorie de l'imprévision, limitation de l'exécution forcée en nature par le créancier en cas de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier »¹⁹⁰⁰, etc. Pourtant, dans d'autres hypothèses, le droit continue de faire peser sur le contractant imprévoyant le poids de son imprévoyance, le laissant seul face au risque...

508. Solitude des parties face aux risques dans les transferts de propriété – Certaines hypothèses sont classiques. Ainsi du transfert de propriété, opéré *solo consensu*¹⁹⁰¹ sauf exceptions¹⁹⁰². L'article 1583 du Code civil dispose que la vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, *quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». Un tel mécanisme procède à une imputation brute des risques, liée au transfert de propriété, ainsi qu'en dispose expressément l'alinéa 3 de l'article 1196 : « le transfert de propriété emporte transfert des risques de la chose ». Le vendeur se trouve donc dépossédé de la chose *alors même qu'il n'en a pas reçu le prix* ce qui fait peser sur lui le risque de non-paiement, l'acquéreur pour sa part se voit transférer les risques de la chose *alors même qu'il ne l'aurait pas encore reçue*¹⁹⁰³. Un tel mécanisme comporte donc un danger évident pour les parties, *mais sa nature supplétive laisse tout le loisir aux parties de convenir d'une autre répartition des risques* par le biais par exemple d'une clause de réserve de propriété, de transfert des risques¹⁹⁰⁴, d'une condition ou d'un terme suspensif¹⁹⁰⁵ ainsi qu'il résulte de l'alinéa 2 du

¹⁹⁰⁰ Article 1221 du Code civil. On notera tout de même une évolution entre le texte finalement adopté par l'ordonnance et celui du projet de 2015 qui faisait référence au « coût manifestement déraisonnable » : V. sur ce point : T. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015.625, spéc. p. 629.

¹⁹⁰¹ J-P CHAZAL, S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », *RTDCiv.*2000.477.

¹⁹⁰² Pour la vente d'une chose de genre, le transfert de propriété est reporté à l'individualisation de la chose (article 1585 du Code civil), pour la vente d'une chose future il a lieu lors de l'achèvement de la chose, sous réserve des dispositions des articles 1601-1 et s. du Code civil.

¹⁹⁰³ Civ. 1, 19 novembre 1991, Bull. civ. I, n°325

¹⁹⁰⁴ R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », in. *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 69 et s.

même article. Est-ce à dire qu'en plus de deux siècles le droit positif serait demeuré aveugle sur l'inopportunité d'une telle stipulation pour les intérêts des contractants ? Il semble qu'il faille plutôt y lire *une incitation tacite à différer ce transfert par la convention* lorsque les parties le jugeront opportun pour leur sécurité¹⁹⁰⁶ ...

509. Solitude encore du cessionnaire face au risque de variation du bilan – Les acquisitions de droits sociaux¹⁹⁰⁷ sont souvent des opérations risquées¹⁹⁰⁸. La valeur des parts cédées est en effet déterminée par référence à une situation comptable arrêtée, laquelle peut néanmoins varier postérieurement à la cession en raison de l'existence d'éléments d'actif ou de passif apparaissant ultérieurement. Or les mécanismes du droit commun des contrats (théorie des vices du consentement, garantie d'éviction, etc.) se révèlent souvent inadéquats pour protéger l'acquéreur de droits sociaux¹⁹⁰⁹. Les clauses de garantie ont, dans ce contexte, « pour objet de prémunir l'acquéreur contre l'apparition, postérieurement à la date de la cession, d'un événement dont la cause lui est antérieure et se traduisant par une augmentation de passif, ou une diminution d'actif¹⁹¹⁰ »¹⁹¹¹. Il est assez remarquable que ces « conventions de garantie ne font l'objet d'aucune disposition légale ou réglementaire spécifique. Elles sont *une construction de la pratique destinée à pallier les insuffisances supposées des garanties légales* »¹⁹¹². Pourtant, l'affirmation, sous certaines réserves¹⁹¹³, de leur licéité constitue une puissante incitation à leur stipulation, dans la mesure où en l'absence d'une telle clause, et

¹⁹⁰⁵ F. COLLART-DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 184, n°192 et s.

¹⁹⁰⁶ *Idem*, n°186.

¹⁹⁰⁷ Le même mécanisme peut aussi être prévu dans les opérations d'augmentation du capital social : F. MONOD, « La garantie de passif donnée à au souscripteur d'une augmentation de capital, *Dr. sociétés, Actes pratiques* 1997/36, p. 3 ; L. JOBERT, « Les garanties de passif dans les augmentations de capital de sociétés anonymes », *JCP E*, n°39, 25 sept. 2003, p. 1520.

¹⁹⁰⁸ B. LECOURT, « Clauses de garanties dans les cessions de droits sociaux », *Rép. dr. des sociétés*, Dalloz, 2006 (à jour : avr. 2017), A. COURET, D. LEDOUBLE, *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, coll. Pratique des affaires, GLN Joly, 1994 ; P. MOUSSERON, *Les facteurs juridiques dans l'évaluation des droits sociaux*, *RJDA* 3/2006, p. 199 ; A. COURET, L. CESBON, B. PROVOST, Ph. ROSENPICK et J.-C. SAUZEY, « Les contestations portant sur la valeur des droits sociaux », *Bull. Joly* 2001.1045.

¹⁹⁰⁹ J. MESTRE, J-C RODA (s. la dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011, p. 425, n°745 et s. Cela n'implique pas pour autant une substitution des garanties contractuelles aux garanties légales : ces-dernières peuvent toujours être invoquées par l'acquéreur qui conserve la faculté d'agir sur le fondement du droit commun : V. par ex. : Com. 3 nov. 2004 : *Bull. Joly* 2005.403 ; *RJDA* 2005, n° 269 (1^{ère} esp.) ; Com. 2 mai 2007, n° 05-21.975, *RJDA* 2007, n° 847 ; *Dr. sociétés* 2007, n° 158, note H. HOVASSE ; Com. 3 février 2015, n°13-12483 : *D.2015.374* : « les garanties contractuelles relatives à la consistance de l'actif ou du passif social, s'ajoutant aux dispositions légales, ne privent pas l'acquéreur de droits sociaux, qui soutient que son consentement a été vicié, du droit de demander l'annulation de l'acte sur le fondement de ces dispositions ».

¹⁹¹⁰ L'appellation « clause de garantie de passif » semble ainsi impropre, ou à tout le moins trop restrictive, puisque de telles clauses pourront être stipulées tout aussi bien afin de garantir l'actif : il s'agit donc plus de clauses de garantie de bilan : J. MESTRE, J-C RODA (s. la dir.), *op. cit.*, n°755, p. 428.

¹⁹¹¹ B. LECOURT, *préc.*, n°1.

¹⁹¹² J-J UETTWILLER, C-E PRIEUR, « Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux », *Bull. Joly* 2004.1449, n°3. Nous soulignons.

¹⁹¹³ V. J. MESTRE, J-C RODA (s. la dir.), *op. cit.*, n°753, p. 427.

hors les cas classiques précédemment évoqués (notamment de vice du consentement), *l'acquéreur ne sera pas fondé à se plaindre d'une variation du bilan de l'entreprise portant atteinte au prix de cession initialement convenu.*

510. Seul aussi face au risque de rentabilité... – Le *risque de rentabilité* d'une opération contractuelle de cession de droits sociaux n'est pas non plus pris en compte par le droit commun : *celui-ci en effet n'admet que très restrictivement l'erreur sur la valeur ou sur la rentabilité économique*¹⁹¹⁴. Certains auteurs voient en effet dans l'erreur sur la rentabilité économique d'une opération « une erreur sur les motifs qui ne constitue pas, en principe, une cause de nullité, même s'ils sont déterminants »¹⁹¹⁵. De fait, il ne semble pas que la Cour de cassation ait entendu consacrer l'erreur sur la valeur ou sur la rentabilité économique en tant que telle, mais toujours en l'attrayant au sein des catégories traditionnelles de l'erreur sur la substance. Ainsi dans un arrêt du 12 juin 2012, la chambre commerciale a approuvé une cour d'appel qui « ayant retenu que les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec le chiffre d'affaire réalisé [...], et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, la cour d'appel [...], qui a fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués a caractérisé le vice du consentement qu'elle a retenu pour prononcer la nullité »¹⁹¹⁶. La consécration à l'article 1136 du Code civil de l'indifférence de l'erreur résultant seulement d'une « appréciation économique inexacte » ne peut que renforcer cette conviction de l'absence de sollicitude du droit envers l'acquéreur qui subit le risque que la valeur ou la rentabilité actuelle de l'entreprise acquise, au vu de laquelle est calculé le prix de cession, ne reflète pas ou mal sa valeur réelle (soumise à l'influence des variations de ses résultats futurs). Il revient donc aux parties de prendre en compte ce risque : soit par la stipulation d'une clause dite *earn out* qui « est une clause d'adaptation du prix restant à payer en fonction des performances futures de l'entreprise cédée »¹⁹¹⁷, soit par une clause de *ratchet*, en vertu de laquelle « un associé ou actionnaire se ménage la possibilité de réviser à la hausse son niveau

¹⁹¹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y LEQUETTE, *op. cit.*, n°218-1, p. 244 et s.

¹⁹¹⁵ *Idem, ibid.*

¹⁹¹⁶ Com. 12 juin 2012, n°11-19047 : D.2012.2079, note N. DISSAUX. Nous soulignons.

¹⁹¹⁷ F-X TESTU, *op. cit.*, n°42-33.

de participation, dès lors que son investissement initial s'avère avoir été réalisé sur la base d'une valorisation trop importante »¹⁹¹⁸.

511. La (grande) solitude du créancier chirographaire – Le droit des sûretés offre également une illustration saisissante du désengagement du droit vis-à-vis de l'imprévoyant. On définit classiquement la sûreté comme « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance »¹⁹¹⁹. La sûreté a donc pour fonction essentielle pour celui qui la constitue, *de pallier le risque d'inexécution*, du fait de sa fonction comminatoire évidemment qui contribue à le prévenir, mais aussi et surtout en permettant d'obtenir la satisfaction par un autre biais du résultat légitimement attendu de la créance : elle est une « garantie conférée au créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur »¹⁹²⁰. La constitution d'une sûreté manifeste évidemment un effort d'anticipation du risque d'insolvabilité de la part du créancier¹⁹²¹ qui s'y trouve du reste fortement encouragé par le législateur. En effet, hors certaines hypothèses dans lesquelles la loi confère un privilège à certaines catégories de créanciers, la loi opère une hiérarchisation des créanciers où la production d'une simple créance chirographaire sera rarement de nature à satisfaire celui qui s'en prévaut, qui devra s'effacer devant les créanciers pouvant se prévaloir d'une sûreté ou d'un privilège¹⁹²². Le créancier chirographaire, soumis à la loi du concours¹⁹²³ et ne pouvant appuyer son action que sur le droit de gage général qu'il tient des articles 2284 et 2285 du Code civil, n'aura dans les faits que peu de chances de voir sa créance satisfaite¹⁹²⁴ dans la mesure où la situation sera réglée par ordre d'antériorité, une fois soustraits du patrimoine les éventuels biens insaisissables. En instaurant *une insécurité de la créance assise sur le seul droit de gage général* par la loi du concours, le législateur a indéniablement entendu *responsabiliser les parties dans l'aménagement des conditions de la confiance nécessaire au crédit*. Autrement dit, le créancier imprévoyant dans l'anticipation de la gestion du risque par la constitution de sûretés ou la prise de garanties *ad hoc* ne sera pas admis à se plaindre de la règle d'imputation du risque qui lui ferait supporter le poids de sa survenance...

¹⁹¹⁸ R. ROUTIER, « Les clauses de *ratchet* en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2002/859, n°1. V. aussi : J. MESTRE, J-C RODA, *op. cit.*, p. 873, n°1532 et s.

¹⁹¹⁹ D. LEGAIS, « Sûretés », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016 (à jour : oct. 2016), n°13.

¹⁹²⁰ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°2.

¹⁹²¹ C. LE GALLOU, *Droit des sûretés – Droit des entreprises en difficulté*, Larcier, coll. Paradigme, 2015, p. 14.

¹⁹²² Article 2285 du Code civil : qui subordonne la mise en œuvre du droit de gage général à l'existence « entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

¹⁹²³ D. LEGAIS, *préc.*, n°13.

¹⁹²⁴ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°2.

512. Une autre lecture de la réforme : la responsabilisation des contractants – Il semble donc possible d’adopter une analyse *a contrario* de la réforme du droit des contrats : derrière l’apparente sollicitude du droit, ne pourrait-on plutôt distinguer *une incitation à l’anticipation contractuelle de la gestion du risque* ?

Cette idée a été formulée à propos du très controversé article 1195 du Code civil, dont on a pu dire qu’il revêtait une dimension dissuasive¹⁹²⁵ : non seulement la menace de la révision judiciaire pouvant être sollicitée en dernier recours devrait inciter les parties à négocier, le moment venu, pour adapter elles-mêmes le contrat¹⁹²⁶, mais encore elle devrait être de nature à inciter les parties à intégrer, *dès la conclusion du contrat*, une clause écartant la possibilité d’une telle révision (qui demeure supplétive de volonté)¹⁹²⁷. De la même façon, « les parties sont libres de fixer d’un commun accord le seuil à partir duquel l’inexécution est de nature à entraîner la résolution du contrat »¹⁹²⁸, et ce n’est qu’à défaut de prévisions en ce sens que le risque d’une résolution unilatérale par le créancier invoquant une inexécution « suffisamment grave »¹⁹²⁹ pourra jouer.

§2 : L’intérêt des contractants

513. Faiblesse des mécanismes légaux de gestion du risque – Outre les incitations dont il est possible de constater l’existence, le retrait du droit dans la gestion du risque actuel se manifeste de façon remarquable par la technique employée, qui consiste à prévoir un certain nombre de règles visant à la simple *imputation* du risque sur l’une ou l’autre des parties : les règles légales déterminent seulement sa répartition au sein du contrat¹⁹³⁰. Or *une telle technique restreint les possibilités d’une optimisation du contrat dans son rapport au risque* : sa réalisation n’apportera rien aux intérêts en cause, si ce n’est une pondération *subie* du gain espéré ou de la perte redoutée. Or précisément le risque ne doit pas être vu uniquement sous l’angle du danger qu’il fait peser sur le contrat : plutôt qu’une imputation il s’agira de le

¹⁹²⁵ M. BROCHER, préc., p. 47

¹⁹²⁶ *Rapport au Président de la République*, p. 24. V. aussi : M. BROCHER, préc., p. 48.

¹⁹²⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 384 qui remarquent que « là où il fallait auparavant une clause spéciale pour échapper à la rigueur de *Craponne*, il faudra à présent une clause spéciale pour choisir de s’y soumettre. En somme le droit français, pourrait-on dire, est passé d’un système d’*opt out* vers un système d’*opt-in* ».

¹⁹²⁸ *Idem*, p. 498.

¹⁹²⁹ Article 1224 du Code civil.

¹⁹³⁰ Théorie des risques (avec l’application des adages *res perit domino* et *res perit debitori*), garantie des vices cachés (le vendeur sera tenu d’un vice dont il ignorait l’existence), exonération par force majeure (le poids du risque pèse sur le créancier), etc.

contractualiser, moins pour l'évacuer *que pour le valoriser* au sein d'un mécanisme contractuel renouvelé dans le sens d'une adaptabilité dans le temps.

514. L'apport de l'analyse économique du contrat – L'analyse économique du droit peut être sollicitée pour percevoir l'intérêt qu'ont les parties à anticiper la survenance du risque. Un auteur¹⁹³¹ prend l'exemple de la vente d'une certaine quantité de poulets dont le contrat ne précise pas la qualité, alors même qu'il en existerait trois possibles, et que c'est la moins bonne qualité qui a été livrée. En cas d'action de l'acquéreur, le juge pourrait d'abord retenir une interprétation en fonction de la pratique dominante (*majoritarian rule*), qui conduira à indemniser l'acquéreur en se basant sur la qualité moyenne, ce qui pourra ne pas être satisfaisant dans le cas où l'acquéreur serait un restaurateur et le vendeur un fournisseur habituel de la restauration collective. Dans ce cas la *majoritarian rule* ne correspondra pas à la pratique usuelle des parties et leur serait donc préjudiciable. Un autre raisonnement possible serait de retenir une interprétation punitive correspondant au choix le plus défavorable (*penalty default*), qui conduira également à une situation défavorable pour les intérêts de l'acquéreur qui se verra confirmer l'attribution de la moins bonne qualité, et n'obtiendra donc pas d'indemnisation. Ainsi, dans tous les cas il apparaît *que le caractère optimal de la réparation ne saurait être déterminé par une règle générale, dans la mesure où il dépend étroitement de paramètres spécifiques à chaque situation* : « toute règle d'interprétation générale pourra s'avérer injuste et inefficace dans de nombreux cas spécifiques »¹⁹³². Ces deux interprétations procèdent en effet de présupposés totalement étrangers à la rationalité des parties. Il en résulte que le juge devrait de préférence faire application *d'une règle d'interprétation spécifique*, et qu'il trouvera celle-ci par le biais d'une interprétation littérale¹⁹³³. Or, dans l'hypothèse examinée, le juge devra prendre acte de l'absence de mention de la qualité dans le contrat, et il estimera l'acquéreur satisfait par la seule vérification que la quantité livrée correspond à ce qui avait été précisé au contrat... Au contraire, si les parties avaient anticipé le risque, elles auraient contraint à l'avance la résolution du litige dans un sens rationnellement optimal.

515. La flexibilité du contrat – Partant du postulat d'une rationalité limitée des contractants, l'analyse économique du droit prône en outre *l'incomplétude des contrats comme une*

¹⁹³¹ Nous reproduisons ici la démonstration proposée par M. le Professeur BROUSSEAU in. « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *LPA*, 19 mai 2005, n°99, p. 48.

¹⁹³² *Idem, ibid.*

¹⁹³³ *Idem ibid.*

*meilleure garantie contre le risque*¹⁹³⁴ : le contrat flexible est en effet plus susceptible d'adaptation que le contrat rigide qui prétendrait tout déterminer par avance, et partant il constitue une meilleure garantie contre le risque¹⁹³⁵. Dès lors, les parties auront intérêt à prévoir dans leur convention des mécanismes d'*adaptation* du contrat en cas de survenance de l'imprévu : « la clé de la flexibilité est donc l'aménagement de droits de décision concernant la définition des futurs termes de l'échange »¹⁹³⁶. De ce point de vue, l'article 1195 du Code civil, semble constituer une incitation évidente à une telle flexibilité¹⁹³⁷ : l'intérêt *des parties* se trouvera ainsi par hypothèse bien mieux satisfait, même par le biais d'une renégociation, s'ils anticipent leur confrontation future éventuelle avec le risque que par une révision judiciaire imposée *a posteriori*.

En outre, en anticipant le traitement du risque, elles doivent nécessairement l'intégrer en tant que tel dans *l'équilibre initial* de leurs obligations. Dès lors une valorisation judiciaire *a posteriori* du risque par le recours à un standard juridique (tel l'« excès »¹⁹³⁸ par exemple), si elle peut éventuellement se justifier sur le plan de l'équité, de la loyauté ou de la coopération contractuelle, heurterait quasi systématiquement l'équilibre général de l'opération qui depuis le début s'exécutait selon un équilibre autre.

516. La « rigidité » du contrat – La contractualisation du risque ne passera pas néanmoins de façon nécessaire par la flexibilité de la convention. Il sera ainsi possible de prévoir *ab initio* un mode rigide de résolution du risque. Ce faisant, chacune des parties, connaissant à l'avance le coût de la réalisation de celui-ci, et l'ayant intégré – et accepté – dans le choix rationnel initial, il semble que le caractère optimal de la satisfaction ne se trouve pas atteint dans une telle hypothèse. Ainsi, la stipulation d'une clause de dédit permet d'affecter un « tarif » d'ores et déjà fixé au risque de revirement de la volonté du débiteur, qui « rachète » par là sa liberté par le versement d'un « prix de sortie »¹⁹³⁹.

¹⁹³⁴ E. BROUSSEAU, « L'Economiste, le Juriste et le Contrat », in. *Le Contrat au début du XXI^e Siècle ; Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2014, p. 163 et s.

¹⁹³⁵ *Idem, ibid.* : « un contrat complet – prévoyant les obligations des parties dans tous les futurs pertinents possibles – et rigide – n'anticipant pas de possibles d'aménagements de ces engagements initiaux – ne constitue donc qu'une garantie de mauvaise qualité ».

¹⁹³⁶ *Idem, ibid.*

¹⁹³⁷ Cf. *supra* n°512.

¹⁹³⁸ Article 1195 du Code civil.

¹⁹³⁹ T. GENICON, « Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2015.450.

517. La contractualisation du risque conditionnée par sa valorisation – D'une façon ou d'une autre, il appartient donc aux parties de faire du risque *un élément à part entière de leur accord de volontés*. Or le mécanisme obligationnel que fait naître le contrat implique la recherche, par ceux qui y souscrivent, d'un équilibre en termes de *valeur* – pas nécessairement financière du reste – entre ce qui est promis et la contrepartie attendue : « considéré dans sa fonction principale d'instrument des échanges de biens et de services, le contrat est, comme les obligations en général, soumis au principe de justice commutative. Il ne faut pas qu'il détruise l'équilibre qui existait antérieurement entre les patrimoines ; ce qui implique que chacune des parties reçoive l'équivalent de ce qu'elle donne »¹⁹⁴⁰.

Contractualiser le risque rend donc nécessaire une valorisation de celui-ci, seule à même de permettre son traitement¹⁹⁴¹ puisque sans elle aucun transfert, imputation, ou répartition du risque ne pourraient être envisagés : *toute acceptation d'un risque en effet doit être traitée comme une probabilité de gain ou de perte qui a, en tant que telle, un coût – celui de la sécurité retrouvée – pour celui qui s'en décharge*. Ainsi, dans le contrat d'assurance, « précisément déterminée, la prime d'assurance devient le prix de la sécurité : le traitement du risque par l'assurance est celui avec lequel ce dernier reçoit le plus nettement et le plus directement une valeur économique »¹⁹⁴². La gestion du risque impliquant nécessairement sa circulation *a posteriori* – soit par imputation conventionnelle, soit par transfert hors du contrat, soit par répartition via des mécanismes de révision ou d'adaptation de la convention – celle-ci doit être rendue possible au sein du contenu obligationnel dont elle contribue à pondérer les grands équilibres *dès la formation de l'accord de volontés* : la prise en compte du risque induira ainsi une intégration de sa valeur certaine (rémunération de la clause de non-concurrence) ou éventuelle (clause pénale) dans l'équilibre initial du contrat, qu'il s'agisse d'empêcher la réalisation du risque (clause exonératoire de responsabilité, clause de force majeure, clause pénale) ou de gérer les conséquences de sa survenance (constitution de sûretés ou prise de garanties).

518. Conclusion de la sous-section 1 relative à la nécessité d'une contractualisation du risque – La contractualisation du risque apparaît comme une nécessité. D'une part l'on constate *des incitations évidentes du droit en ce sens* dont la conséquence est une absence de

¹⁹⁴⁰ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*1990.150.

¹⁹⁴¹ Le même raisonnement peut trouver à s'appliquer peu ou prou au stade de la prévention du risque : par exemple la clause de non-concurrence stipulée au bénéfice de l'ancien employeur pour le garantir de la concurrence de son ancien employé doit nécessairement être assortie d'une rémunération, qui est pour l'employeur le prix du risque – ou plutôt en l'occurrence de son absence.

¹⁹⁴² J. MOURY, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.*2012.1020, n°11.

possibilité de recours aux règles du droit positif en cas de survenance de l'imprévu. D'autre part *il en va de l'intérêt bien compris des contractants* car la réalisation du risque induit donc un coût et se trouve donc susceptible d'une affectation de valeur. Celle-ci pourra être le fait d'une détermination par les parties elles-mêmes, soit en amont, soit même lors de sa réalisation mais en ayant anticipé *ex ante* les modalités de sa détermination et les ayant intégrées dans l'équilibre initial de la convention : les parties conservent alors la maîtrise d'une satisfaction optimale de leurs intérêts respectifs. A l'inverse, en abandonnant au juge la valorisation *a posteriori* du risque, la satisfaction optimale des intérêts des contractants se trouve affectée *ab initio* d'une imprévisibilité de nature à priver le contrat de son utilité.

Sous-section 2 : Techniques de contractualisation du risque

519. Introduction – Les techniques de contractualisation du risque peuvent être distinguées en fonction *de l'effet recherché par le biais de l'instrument d'intégration du risque*. Une première posture consistera en effet à laisser une certaine flexibilité au contrat qui sera dès lors apte à épouser les contours du nouvel état des choses pour s'en accommoder ou éventuellement disparaître. Dans de telles hypothèses, les contractants demeurent dans une *posture d'attente*, laissant à l'avenir le soin de déterminer l'équilibre ou la viabilité de leur accord. Dans une démarche plus ambitieuse, les parties entendront au contraire *subjuguier le risque* en anticipant en ante les modalités de sa gestion dans l'éventualité où il se produirait. Le champ des possibilités est dans ce cas très large, depuis les clauses de révision ou de renégociation qui prévoient simplement une procédure, jusqu'aux clauses d'échelle mobile, qui ont pour vocation de prévoir le résultat de la survenance du risque sans autre intervention ultérieure.

520. Annonce du plan – Les techniques de contractualisation du risque peuvent donc être distinguées en fonction de la posture passive ou active des contractants (ou plus exactement du contrat) : si la soumission du contrat au risque (§1) apparaît comme une technique classique, la soumission du risque au contrat (§2) semble au contraire devoir être accentuée.

§1 : La soumission du contrat au risque

521. Annonce du plan – Soit l'on fera dépendre du risque l'existence même du contrat, en l'assortissant d'une *condition* (A), soit seulement son équilibre, la figure étant alors celle du *contrat aléatoire* (B).

A) L'obligation conditionnelle

522. Stratégie d'évitement – La condition permet, selon les mots d'un auteur, « de se prémunir contre le hasard en prévoyant "pour le cas où...", en permettant de "ménager ses arrières", de s'organiser en tenant compte de tel risque et de prévoir une retraite pour le cas de sa survenance »¹⁹⁴³. Elle se distingue du *terme* – qui est un mécanisme voisin – en ce qu'elle affecte l'existence même de l'obligation, et non sa seule exigibilité¹⁹⁴⁴. Ces deux mécanismes ne sont pas cependant sans entretenir certaines correspondances, notamment quant à la nature de l'événement stipulé : tant le terme que la condition visent en effet un événement futur, et instituent un lien de causalité entre la survenance de cet événement et l'obligation, soit en lui conditionnant sa naissance, soit en lui subordonnant l'exigibilité de l'obligation née, soit enfin en éteignant l'obligation. Le terme se distingue néanmoins de la condition quant au risque que représente l'événement futur visé par les parties, qui est certain, alors qu'il est incertain pour la condition. Ainsi, alors que la condition établit, *a contrario* du mouvement naturel du mécanisme contractuel, un lien causal entre l'événement éventuel et l'obligation, en faisant dépendre celle-ci de celui-là, le terme n'intègre pour sa part aucun aléa dans le jeu contractuel, et n'a donc guère d'intérêt à être évoqué ici.

523. Effet de la condition – Sur le plan fonctionnel, la condition peut avoir deux effets très différents. Elle peut affecter *la naissance* de l'obligation – on parle alors de condition suspensive – qui se trouve alors suspendue de manière aléatoire : « avec la condition suspensive on s'assure de dispositions pour le cas de survenance d'un événement qui ne sera pas désarmant et qui ne prendra pas au dépourvu : ainsi celui qui achète, sous condition suspensive d'y être appelé par ses fonctions, un logement dans une ville »¹⁹⁴⁵. Elle peut aussi, l'obligation étant née, *y mettre fin* de manière tout aussi aléatoire, en fonction de la

¹⁹⁴³ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 48.

¹⁹⁴⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°1198.

¹⁹⁴⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, p.48.

survenance de l'événement visé par la clause – on parle dans ce cas de condition résolutoire – lequel est là encore affecté d'une incertitude qui nécessite sa prise en compte en tant qu'hypothèse : « avec la condition résolutoire, on peut, tout en entreprenant quelque chose, se ménager une porte de sortie par l'assurance du retour à la situation antérieure si besoin est : ainsi celui qui achète un logement dans la ville où il travaille sous condition résolutoire d'être appelé ailleurs par ses fonctions »¹⁹⁴⁶.

Dans les deux cas les parties acceptent de lier leur avenir, et donc de soumettre l'espace de prévisibilité juridique qu'ils créent par le contrat, à la survenance d'un événement aléatoire, dont non seulement la date mais encore la survenance même demeure incertaine : « tant que la condition suspensive est [...] non réalisée, l'acte conditionnel ne produit pas son effet principal. Il y a cependant eu un accord des volontés : le contrat est formé et le droit conditionnel existe au moins en germe »¹⁹⁴⁷. Le droit conditionnel existe donc, mais « en germe »¹⁹⁴⁸ seulement, en puissance, appelant une consolidation qui dépend de la réalisation de l'élément conditionnant. Celle-ci intervenant, le droit acquis sera rétroactivement consolidé, de façon à ce que l'ensemble des actes qui avaient pu être passés *pendente conditione* soient réputés l'avoir été de manière pleinement efficace¹⁹⁴⁹. Une telle hypothèse ne pose guère de difficultés insurmontables dans la mesure où elle fait fond sur l'optimisme naturel des parties qui, concluant de tels actes ont en réalité optés pour l'hypothèse qui leur paraissait être la plus probable quant à l'événement conditionnant qu'elles visaient soit négativement en conditionnant le contrat à sa non réalisation, soit positivement en escomptant qu'il se réalise.

524. Substitution d'une prévisibilité juridique à une incertitude matérielle – Le propre de la condition est de permettre aux parties de repousser le brouillard d'incertitude *juridique* qui enveloppe l'avenir au moment où elles concluent leur convention. Elles entendent en effet ne se lier qu'en considération d'un certain état des choses déterminé et non pas au stade des éventualités : « la condition offre une garantie efficace contre l'incertain en ce sens que les parties peuvent être déliées de leur engagement (condition résolutoire), ou ne pas être engagées en cas de réalisation du risque considéré (condition suspensive) »¹⁹⁵⁰. Les

¹⁹⁴⁶ *Idem, ibid.*

¹⁹⁴⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°1230.

¹⁹⁴⁸ *Idem, ibid.*

¹⁹⁴⁹ Il en va ainsi du transfert des risques de la chose vendue qui est réputé être intervenu dès l'accord des volontés, ou encore de tous les actes subséquents, portant sur la chose objet du contrat conclu sous-condition, et eux-mêmes affectés par elle.

¹⁹⁵⁰ L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNES, Paris I, Economica, 2010, n°52.

contractants entendent donc substituer à l'incertitude matérielle un processus juridique pour sa part prévisible : ils ne savent pas si l'événement conditionnant se réalisera ou non, *mais ils savent dès à présent ce qu'il adviendra juridiquement dans l'une ou l'autre de ces hypothèses*.

Ainsi d'une vente immobilière conclue sous condition suspensive d'obtention d'un prêt : l'obtention de celui-ci est incertaine, et parfois même imprévisible, mais pour chacun des contractants l'avenir *contractuel* apparaît prévisible (à défaut de pouvoir être certain) : soit la vente deviendra parfaite, soit elle tombera faute d'avoir obtenu la réalisation de l'élément conditionnant. A l'inverse, en présence d'une condition potestative (qu'elle le soit *purement* ou *simplement* n'y change rien¹⁹⁵¹) stipulée au bénéfice de celui qui s'oblige le mécanisme change radicalement, puisque le créancier ne se trouve plus en présence d'une imprévisibilité matérielle qu'il s'agit d'intégrer aux prévisions contractuelles pour mieux en contrôler l'effet, mais face à une imprévisibilité *juridique* créée de toutes pièces, puisque la volonté ayant une emprise directe sur les obligations souscrites il devient possible pour le débiteur de s'en exonérer¹⁹⁵². Une telle condition doit donc, conformément à l'article 1174 du Code civil, être prohibée, car elle contredit la nature même du mécanisme conditionnel. L'hypothèse d'une condition mettant d'une façon ou d'une autre sa réalisation en la puissance du créancier ne souffre pas en revanche des mêmes difficultés. Du point de vue du débiteur en effet, son avenir juridique demeure prévisible, tout en étant soumis à la survenance d'un événement imprévisible lui – la manifestation de volonté du créancier – qui constitue un risque au même titre que n'importe quel autre fait hasardeux externe. Ainsi d'une promesse unilatérale de vente : la formation du contrat demeure aléatoire dans la mesure où elle dépend de la volonté du bénéficiaire, mais le promettant sait d'ores et déjà quelles seront les obligations réciproques en cas de levée de l'option.

525. Le caractère futur de l'événement – L'article 1304 du Code civil dispose que « l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement *futur* et *incertain* ». L'ordonnance du 10 février 2016 a donc tranché, sur ce point, en faveur de la

¹⁹⁵¹ V. not. : J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du Code civil », *in. Etudes dédiées à Alex WEILL*, Dalloz, Litec, 1983, p. 243 et s., spéc. p. 245.

¹⁹⁵² Sur la question épineuse du pacte de préférence, dont on pourrait penser au premier abord qu'il comporte une potestativité prohibée au vu des critères évoqués : H. KENFACK, « Pacte de préférence et condition potestative virtuelle », note sous Civ.3, 15 janvier 2003, *D.2003.1190*, n°6 : « dans le pacte de préférence, contrairement à la promesse de vente, le débiteur de l'obligation de préférence ne l'est pas d'une obligation de vendre. Il s'engage simplement pour le cas où il déciderait de vendre, à proposer prioritairement la chose au bénéficiaire. La Cour semble clairement indiquer qu'il n'est pas d'ores et déjà tenu d'une « obligation de proposer de vendre » au bénéficiaire ».

jurisprudence qui retenait une appréciation objectivée de l'incertitude¹⁹⁵³. *Ecartant l'opinion subjective des parties, l'incertitude vient ici caractériser l'événement lui-même : elle est un synonyme de son indétermination.* La condition, expliquent des auteurs, « permet aux parties à un acte juridique d'anticiper en toute sécurité un événement *futur*, dont elles espèrent ou sont même convaincues qu'il se réalisera (ou ne se réalisera pas), sans cependant pouvoir en être certaines »¹⁹⁵⁴. Pourtant, cette analyse de la condition allait clairement à l'encontre de la lettre de l'ancien article 1181 alinéa 1 du Code civil, selon lequel « l'obligation contractée sous une condition suspensive est celle qui dépend *ou* d'un événement futur et incertain, *ou* d'un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties ».

Pourtant, si l'on considère l'événement conditionnant en lui-même, il pourra arriver que sa détermination (c'est-à-dire le moment où il cesse d'être une éventualité pour constituer un fait déterminé) soit acquise antérieurement à la stipulation de la condition sans ce que cela permette de poursuivre la nullité de la condition. Prenons l'hypothèse d'une partie qui, pour de se défaire à bon compte d'un pacte de préférence, proposerait de mauvaise foi un contrat sous condition suspensive d'obtention d'un prêt, tout en sachant *ab initio* qu'elle fera en sorte de ne pas l'obtenir... Dans ce cas la condition est certes *future* (l'obtention du prêt), mais *se trouvant d'ores et déjà déterminée du fait de l'intention frauduleuse du contractant*, elle est donc *certaine*. Dès lors, elle devrait normalement être considérée comme nulle et se trouver privée d'effet. Or l'article 1304-3 la répute au contraire accomplie aux fins de sanctionner la déloyauté de celui qui avait intérêt à en empêcher l'accomplissement, ce qui postule donc sa validité... Pourquoi ? Parce que celui-ci avait, dès la stipulation de la condition, la certitude qu'elle ne se réaliserait pas... Prenons cependant une autre hypothèse dénuée de manigances : une demande de prêt a été dument effectuée auprès d'un organisme de crédit, et quelques temps après, les parties concluent le contrat sous condition suspensive de son obtention. La condition sera-t-elle considérée comme nulle dans le cas où, *au sein des processus décisionnaires internes de cet organisme*, la décision d'accorder le prêt aurait été prise si rapidement qu'elle serait intervenue avant la conclusion du contrat, mais sans que les parties en aient connaissance ? La jurisprudence sur ce point considère que la condition est réputée réalisée « dès *la présentation* par un organisme de crédit d'une offre régulière correspondant

¹⁹⁵³ V. not. Civ.1, 13 juillet 2004, Bull. civ. I, n°204 ; D.2005.1009, note BORIES ; RTDCiv.2004.734, note J. MESTRE & B. FAGES. *Contra* : Y. BUFFELAN-LANORE, J-D PELLIER, « Condition », in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, fév. 2017, n°20 et s.

¹⁹⁵⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°1218. Nous soulignons.

aux caractéristiques du financement de l'opération stipulées par l'emprunteur »¹⁹⁵⁵. L'événement conditionnant a donc beau *avoir cessé d'être indéterminé avant la stipulation de la condition*, c'est la connaissance de cette détermination qui est prise en compte, et qui doit intervenir postérieurement... Il semble donc logique de considérer que si la validité de la condition est *par nature liée à l'incertitude* pesant, au moment de sa stipulation, sur la réalité du point conditionnant, cette incertitude n'est pas *systématiquement liée au caractère futur de l'événement* : certes, l'événement étant encore à venir, il tirera son caractère aléatoire de son état encore éventuel¹⁹⁵⁶, *mais l'incertitude peut aussi être caractérisée dès lors que l'événement existant ou ayant existé on ne puisse en connaître l'état avec certitude*.

526. Proposition de modification de l'article 1304 alinéa 1 du Code civil – Il semble donc qu'il convienne de permettre la stipulation d'une condition portant sur un événement actuel mais imprévisible pour les parties, c'est-à-dire laissant persister une incertitude (au moins résiduelle) : « L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuel mais imprévisible pour les parties ».

B) Le contrat aléatoire

527. La nouvelle formulation de l'article 1108 du Code civil – L'ordonnance du 10 février 2016 a été l'occasion d'une clarification attendue de la définition des contrats aléatoires. En effet, l'ancienne codification faisait apparaître deux définitions qui pouvaient apparaître contradictoires¹⁹⁵⁷ : l'article 1104 alinéa 2 disposant en effet que le contrat était aléatoire « lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain », l'article 1964 énonçant pour sa part que « le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ». Non seulement ces deux définitions semblaient situer le critère de la distinction entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires sur le plan *des seuls effets* de ces deux conventions et incitaient à faire abstraction de la volonté des parties dans la détermination

¹⁹⁵⁵ Civ. 1, 9 décembre 1992, Bull. civ. I, n°309 : D.1993.210, obs. A. PENNEAU ; Civ. 1, 20 janvier 1993 : JCP 1993.II.22106, note GOURIO ; *Deffrénois* 1993.1382, note J-L AUBERT.

¹⁹⁵⁶ Exemple d'une vente immobilière affectée d'une condition suspensive portant sur l'obtention d'un permis de construire ou de l'acceptation d'un crédit.

¹⁹⁵⁷ Pour une analyse critique : V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012, n°197 et s. L'auteur souligne en réalité les grandes similitudes existant entre ces deux textes, au-delà de la divergence souvent soulignée, de la conception de l'aléa qu'ils portent.

des catégories, opérant en outre une confusion entre deux types d'aléas qu'il convient pourtant de distinguer : l'aléa-événement et l'aléa-patrimonial¹⁹⁵⁸, mais encore elles entretenaient une confusion sur l'étendue de l'aléa dont ne savait pas s'il devait affecter les obligations de l'ensemble des parties (ancien article 1104), ou seulement de certaines (ancien article 1964). Au vu de l'ancien article 1104, des auteurs avaient ainsi proposé de disqualifier les opérations d'assurance en contestant leur caractère aléatoire¹⁹⁵⁹ dans la mesure où l'aléa-patrimonial était nécessairement absent du côté de l'assureur *en raison des techniques de mutualisation du risque*¹⁹⁶⁰. La réforme a donc été l'occasion de poser une définition unique (l'article 1964 étant abrogé par la même occasion) à l'article 1108 du Code civil : « [le contrat] est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Désormais c'est donc bien *la volonté conjointe d'intégrer le risque dans la convention* qui tient lieu de critère fondamental : le texte situe ainsi clairement la *summa divisio* entre les contrats commutatifs et les contrats aléatoires sur le plan de l'intégration volontaire d'un risque dans les prévisions initiales des contractants. Ainsi, dans le contrat d'assurance qui est pourtant l'archétype du contrat dont la cause subjective consiste pour l'assuré à se prémunir contre les événements aléatoires, *les deux parties recherchent-elles le risque*, sans quoi le contrat n'aurait d'intérêt que pour l'une d'entre elles : l'assureur recherche le risque puisque l'éventualité que celui-ci porte, lui permet d'espérer recueillir les primes versées par l'assuré sans avoir jamais à verser l'indemnisation celui-ci ; l'assuré de son côté n'aurait aucun intérêt à conclure un contrat d'assurance s'il avait la certitude que jamais l'événement dont il cherche à se prémunir ne se réalisera¹⁹⁶¹.

528. Une définition perfectible... – Cette nouvelle définition n'est cependant pas exempte de critiques, car si elle fait bien entrer le risque dans le mécanisme contractuel elle ne le *contractualise* pas réellement, c'est-à-dire qu'elle ne l'intègre pas en tant que tel dans l'équilibre initial des valeurs qui fonde le consentement des parties. En effet, le premier alinéa, qui définit le contrat commutatif, est ainsi formulé : « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage *qui est regardé comme*

¹⁹⁵⁸ V. not. : J. BIGOT (s. la. dir.), *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, 2^e éd., 2014, LGDJ, Lextenso éditions, p. 56 s. ; J. KULLMANN, « L'aléa, condition de l'assurance ? », *Resp. civ. et ass.*, mars 2014, dossier 4.

¹⁹⁵⁹ J. BIGOT, *op. cit.*, n°104 s.

¹⁹⁶⁰ Cf. *infra* n°529.

¹⁹⁶¹ V. cependant L. MAYAUX, « Contrats d'assurance », *in*. Rép. dr. civ., Dalloz, 2014 (à jour : avr. 2017), n°36.

l'équivalent de celui qu'elle reçoit ». Le terme d'équivalence renvoi donc à un raisonnement en termes de *valeur*. Or le contrat aléatoire peut très bien répondre à cette définition : dans un contrat aléatoire, ce qui est procuré à l'un (même sujet à un risque) est bien *regardé* comme *équivalent à ce qu'il reçoit de l'autre*. Si ce n'était pas le cas on se demande pourquoi les parties consentiraient au contrat puisque celui-ci leur apparaîtrait subjectivement *comme étant dénué d'intérêt*. Dans le premier cas la commutation repose donc sur l'absence d'indétermination de l'avantage (soit son caractère certain) *au moment de la conclusion du contrat*, alors que dans le second c'est cette indétermination même (le risque) *qui est regardée comme l'équivalent*, ce qui n'est possible que parce qu'on lui attribue une valeur *ab initio*. De ce point de vue l'ancienne formulation de l'article 1104 alinéa 2 apparaissait plus juste sur un plan logique : « l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte [...] d'après un événement incertain ».

529. Incertitudes sur l'aléa... – L'étymologie de l'*aléa* renvoi au hasard, ces *dés* dont le lancer manifeste si bien le sort auquel l'homme doit se soumettre sans rien pouvoir faire pour en déterminer le cours¹⁹⁶². « L'aléa, dit un auteur, c'est toute cette incertitude qui plane autour d'un événement et qui empêche les hommes de pouvoir maîtriser l'avenir. D'un mot, l'aléa, c'est ce qu'une autre main que celle de l'homme détient »¹⁹⁶³. L'aléa est donc une *incertitude*. On s'est interrogé sur l'objet de cet aléa : est-ce *la réalisation de l'événement* qu'ont en vue les parties lorsqu'elles concluent le contrat, ou *le résultat financier* de l'opération contractuelle – l'« avantage ou la perte » évoqué par l'article 1108 ? Il est un fait que ces deux aspects sont évidemment présents dans le mécanisme des contrats aléatoires... Une première acception conduit à considérer comme élément central de la définition l'« événement plus ou moins hasardeux, dans sa réalisation ou, à tout le moins [...], dans sa date »¹⁹⁶⁴, dont dépend le contrat. C'est l'*aléa-événement* évoqué par certains auteurs¹⁹⁶⁵, et que visent tant l'article 1108 alinéa 2 du Code civil que les anciens articles 1104 et 1964 en évoquant un « événement incertain ».

Pourtant, dès lors qu'il apparaît que la catégorie des contrats aléatoires repose sur *la considération d'une équivalence* et implique donc un raisonnement en terme de *valeur*, c'est

¹⁹⁶² C'est le sens de la fameuse formule de César, qui ayant pris la décision de sortir des frontières du gouvernement qui lui avait été assigné par le Sénat, fait franchir le Rubicon (ce petit fleuve du nord de l'Italie qui marquait la limite au-delà de laquelle aucun général romain ne pouvait amener ses troupes sous peine d'être hors la loi) à ses légions : *Alea jacta est* (le sort ou les dés selon les traducteurs en sont jetés).

¹⁹⁶³ B. BEIGNIER, *op. cit.*, n°123.

¹⁹⁶⁴ J. BIGOT (s. la. dir.), *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, 2^e éd., 2014, LGDJ, Lextenso éditions, n°102.

¹⁹⁶⁵ V. not. : *idem*, p. 56 et s. ; J. KULLMANN, « L'aléa, condition de l'assurance ? », préc.

la conséquence de l'aléa-événement qui semble devoir constituer le critère de la catégorie, soit l'incertitude portant sur le caractère bénéficiaire ou non de l'opération contractuelle¹⁹⁶⁶ (ce que d'aucuns ont appelé, par opposition, l'aléa-patrimonial¹⁹⁶⁷). Or cela pose une difficulté évidente, déjà relevée, en matière d'opérations d'assurances, où un tel aléa-patrimonial semble absent du côté de l'assureur en raison des techniques de mutualisation du risque qui rendent *prévisible* pour lui le résultat économique de l'opération... En outre, même si une incertitude perdure, la *prévisibilité* même de l'aléa-événement semble incompatible avec la notion de contrat aléatoire : l'événement aléatoire, cause catégorique des contrats aléatoires¹⁹⁶⁸, serait en effet celui qui « repose sur une *imprévisibilité* et une extériorité, tous éléments sur lesquels la volonté humaine ne doit rien pouvoir »¹⁹⁶⁹. Or l'on constate dans le même temps un foisonnement de techniques *prédictives*, à travers lesquelles les parties qui cherchent à se lier dans des contrats dits aléatoires vont tenter de percer le secret de l'avenir en rendant *prévisible* la réalisation de l'aléa-événement qui commande la détermination de l'aléa patrimonial.

Deux questions se posent donc : d'une part la *prévisibilité* de la réalisation de l'aléa-événement exclue-t-elle la qualification de contrat aléatoire (1) ? D'autre part la catégorie des contrats aléatoires suppose-t-elle une *imprévisibilité* quant au résultat économique du contrat (2) ?

1. L'indifférence de la prévisibilité de l'aléa-événement

530. Nécessité d'une incertitude. Indifférence de la prévisibilité – *Pari, spéculation, calculs*, le contrat aléatoire porte en sa nature même l'idée d'une *prospection nécessaire de ce qui adviendra*, et dont dépend la rentabilité du contrat. La *prévisibilité* de l'événement est donc une quête légitime : c'est un préalable systématique à la conclusion de ces contrats. On imagine mal en effet un individu se porter acquéreur d'un bien en voyage sans avoir d'abord considéré en son for intérieur le risque que constitue – pour lui – l'espérance de vie du crédit-preneur. L'on a souvent dénoncé le caractère immoral de tels contrats, justement parce qu'ils

¹⁹⁶⁶ V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, « La notion de contrat aléatoire », *Resp. civ. et ass.*, mars 2014, n°24 et s. : « [...] l'aléa factuel doit rendre l'équilibre économique final de l'opération indéterminable *ab initio*. Nul ne doit pouvoir dire au départ si la prestation finale d'une partie aura objectivement une valeur égale, supérieure ou inférieure à celle de l'autre » (n°33).

¹⁹⁶⁷ J. BIGOT (s. la. dir.), *op. cit.*, p. 56 s. ; J. KULLMANN, préc.

¹⁹⁶⁸ L. BOYER, *La notion de transaction ; contribution à l'étude des concepts de cause et d'actes déclaratifs*, Toulouse, 1947, p.172. V. aussi : H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Paris, 1927, n°18 ; F. GRUA, « La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTDCiv.*1983.263 s., spéc. n°36.

¹⁹⁶⁹ B. BEIGNIER, *op. cit.*, n°125.

amènent, d'une façon ou d'une autre à spéculer, c'est-à-dire à peser les chances et risques que représentent la vie ou la mort d'autrui, ce qui évidemment ouvre la porte à l'inévitable tentation du spéculateur consistant à vouloir réduire à ce point l'imprévisibilité matérielle qu'il en vienne à prêter la main au hasard. Il en va de même (pour éviter justement que le contrat ne soit aléatoire !) de l'organisme de crédit pour qui le calcul préalable du risque d'insolvabilité constitue le passage obligé avant tout octroi d'un prêt. Le contrat de prêt se trouve de ce fait marqué par un important *intuitu personae*, et l'organisme financier pourra légitimement refuser le prêt en considération du risque que fait peser sur le remboursement de la somme, non seulement le patrimoine de la personne – d'où la prise de garanties telles que le cautionnement ou la souscription d'une hypothèque – mais encore sa situation personnelle par l'appréhension du risque pouvant résider dans la santé défaillante ou l'âge avancé de l'emprunteur, sans se voir reprocher une quelconque discrimination¹⁹⁷⁰.

Un auteur a défini le fait imprévisible comme celui « dont la réalisation était non seulement incertaine, mais aussi relativement improbable, ou à tout le moins insuffisamment probable pour que l'on puisse raisonnablement prendre cette hypothèse en considération. L'exemple du décès peut illustrer cette distinction : il s'agit d'un fait considéré comme certain dans sa réalisation, mais incertain quant à la date de cette dernière. Cette incertitude ne permet pas de préjuger de la prévisibilité ou de l'imprévisibilité du moment du décès, qui dépend des circonstances : l'âge, l'état de santé, le mode de vie d'une personne peuvent rendre le moment de son décès plus ou moins prévisible »¹⁹⁷¹. Il apparaît ainsi que si l'événement imprévisible sera toujours nécessairement incertain, l'inverse ne sera pas toujours vrai : un événement pouvant demeurer de réalisation incertaine quoi que susceptible d'être anticipée avec une plus ou moins grande précision.

Entre l'avenir anticipé, prévu, à partir des éléments propices à une anticipation rationnelle, et le futur finalement advenu, subsiste nécessairement – *doit subsister en tout cas pour que le contrat soit qualifié d'aléatoire* – un espace résiduel d'incertitude¹⁹⁷² : ce qu'un auteur désigne sous le terme parlant d'un « zeste d'aléa »¹⁹⁷³ qui doit demeurer, au-delà de la prévisibilité plus ou moins grande pouvant affecter le risque. La cause peut en être trouvée soit dans ce qu'il est possible de désigner sous le terme d' « impondérables », c'est-à-dire l'ensemble des

¹⁹⁷⁰ Cass., ass. plén., 9 octobre 2006, n° 06-11056, Bull. ass. plén., n° 11 p. 27.

¹⁹⁷¹ J. HEINICH, *op. cit.*, p. 33.

¹⁹⁷² cf. A. BENABENT, *op. cit.*, p. 42 s.

¹⁹⁷³ B. BEIGNIER, *op. cit.*, p. 152. L'un des premiers juges anglais ayant donné une définition du contrat d'assurance, en 1904, le définissait ainsi : « a contract for the payment of a some of money due on the happening of an event, wich event must have some amount [une certaine dose] of uncertainty about it » (cité par J. KULLMANN, in. « L'aléa, condition de l'assurance ? », préc.)

éléments susceptibles d'influer sur le devenir d'une situation et qui échappent pourtant à la puissance ou à la connaissance du sujet, soit encore *dans l'ignorance par les contractants de l'état réel de la situation pourtant réalisée*.

531. *Appréciation subjective de l'aléa* – Dès lors que l'aléa consiste essentiellement dans l'appréciation subjective de la psychologie, seule compte l'observation du degré d'incertitude qui affectait, *dans l'esprit du contractant*, le passage de la puissance en acte de l'événement considéré : il sera seulement exigé une absence subjective de certitude des deux parties quant à la réalisation de l'aléa-événement : la jurisprudence s'est notamment prononcée dans le sens de l'annulation de contrats de révélation de succession où la rémunération du généalogiste était fonction du montant et de la dévolution de la succession révélée, dès lors que ces éléments étaient connus par lui lors de la conclusion du contrat¹⁹⁷⁴. Il semble alors juste de considérer que l'aléa exigé dans les contrats dits *aléatoires* réside *dans le constat d'une incertitude psychologique*, au sens donné par LITTRÉ d'une « conviction qu'a l'esprit que les objets sont tels qu'il les conçoit »...ou tels qu'il pense qu'ils seront !

532. *Indifférence du caractère actuel du risque intégré dans le contrat* – L'état actuel ou seulement éventuel de l'événement importe peu : seule compte la conviction du sujet à son endroit¹⁹⁷⁵. L'une des conséquences concrètes de cette conception de l'aléa pourrait être un réexamen de certaines prohibitions concernant le risque assurable en droit des assurances. Dès lors en effet que l'on s'accorde à considérer le contrat d'assurance comme un contrat aléatoire la conception subjective de l'aléa exigé *doit conduire à admettre que puisse être conclu un contrat d'assurance sur une chose alors même que ne subsisterait plus aucun risque objectif, dès lors que les parties ignoraient la réalisation du risque et donc que subsistaient pour elles une incertitude constitutive d'un aléa*¹⁹⁷⁶. L'admission de l'assurabilité du risque putatif est du reste admise de longue date en matière maritime et aérienne¹⁹⁷⁷, mais demeure prohibée dans les autres cas¹⁹⁷⁸, ainsi qu'en dispose l'article L. 121-15 du Code des assurances.

¹⁹⁷⁴ V. not. Com. 4 octobre 1977, Bull. civ. IV, n°218; Com. 3 mai 1978, D.1979.247, note J-J BURST.

¹⁹⁷⁵ J. HEINICH, *op. cit.*, n°544: « l'aléa doit exister au moment de la formation du contrat car la réalisation de l'événement ne doit pas être connue de l'une des parties ni être totalement soumise à sa volonté, ce qui ferait disparaître son caractère incertain ».

¹⁹⁷⁶ Ainsi la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion d'affirmer, au visa des articles 1104, alinéa 2, et 1964 du Code civil que « l'aléa existe dès lors qu'au moment de la formation du contrat les parties ne peuvent apprécier l'avantage qu'elles en retireront parce que celui-ci dépend d'un événement incertain » (Civ. 1, 8 juillet 1994, n°92-15551, Bull. civ. I, n°235).

¹⁹⁷⁷ L'article L. 172-4 et L. 175-4 du Code des assurances

¹⁹⁷⁸ V. par ex. : Civ. 1, 4 novembre 2003, Bull. civ. I, n°220 : *Gaz. Pal.* 2004/1158, note PERIER ; *RGDA* 2004/338, note J. KULLMANN.

2. L'indifférence de la prévisibilité de l'aléa patrimonial

533. Une prévisibilité nécessaire à la contractualisation du risque – Pour intégrer le risque dans le contrat en termes de *valeur*, sa prévisibilité essentielle. En effet, l'on a dit qu'une telle démarche procédait d'une volonté de *spéculer*, c'est-à-dire que la cause du contrat réside dans l'éventualité d'un gain éventuel supérieur à la perte subie certainement, *au cas où le risque se réaliserait* : la distinction des contrats commutatifs et aléatoires par l'article 1108 du Code civil repose d'ailleurs, nonobstant la maladresse de rédaction relevée, sur une *évaluation* mutuelle du mécanisme obligationnel dès la conclusion du contrat, qui implique dès lors de comparer les *valeurs* (au moins virtuelles) des prestations en jeu. Par opposition avec le contrat commutatif donc, « le *ratio* final des prestations respective dépend de l'évènement incertain intégré dans le champ contractuel »¹⁹⁷⁹, même, comme dans le cas de l'assurance, lorsqu'un seul – l'assuré – est *a priori* tenu de payer. De façon extrêmement simplifiée, l'assuré, en effet, s'engage à payer 100 euros par mois à l'assureur, qui lui-même s'engage à verser la somme de 1000 euros en cas de sinistre. Si l'on examine leur situation respective à *n* mois : l'assuré subit une perte certaine équivalente à $100€ \times n$, mais peut légitimement escompter un gain patrimonial net équivalent à $1000€ - (100€ \times n)$; du point de vue de l'assureur la situation est l'exact inverse : il reçoit un gain certain de $100€ \times n$, mais demeure soumis à l'éventualité d'une perte financière nette équivalente à $1000€ - (100€ \times n)$. Il y a bien un risque *évalué* de part et d'autre, portant d'un côté sur un gain et de l'autre sur une perte, qui va motiver la conclusion du contrat.

Pour être mis en balance le risque de gain ou de perte ainsi identifié oblige à déterminer si la probabilité de sa réalisation est suffisamment importante pour que la chance soit courue de rechercher l'aléa patrimonial qui en est le résultat. L'assurance « repose sur le concept de transfert de risque : moyennant une prime, l'assuré se protège d'un aléa financier. *Mesurer le risque assuré s'avère donc inévitable* puisque cette information est nécessaire dans le cadre de la tarification pour déterminer les chargements de sécurité à ajouter à la prime pure et dans une approche de solvabilité pour déterminer le niveau des réserves et des fonds propres dont doit disposer l'assureur pour être solvable »¹⁹⁸⁰.

De la même façon, dans le contrat de rente viagère le prix finalement versé, comprenant le bouquet et le cumul de la rente périodique versée durant le contrat, sera fonction de la date de

¹⁹⁷⁹ H. GROUDEL, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Lexis Nexis, 2008, n°162.

¹⁹⁸⁰ P-E THEROND, *Mesure et gestion des risques d'assurance : analyse critique des futurs référentiels prudentiel et d'information financière*, Lyon, 2001, p. 13.

survenance du décès, événement aléatoire qui constitue l'objet du contrat. Pourtant, si elles ne peuvent *savoir*, donc prévoir à l'avance *avec certitude* le bénéfice qui sera retiré du contrat ou la perte qui en résultera, les parties peuvent à tout le moins *tenter d'estimer la probabilité que représente chacune de ces alternatives*. Il s'agira alors pour elles de calculer le risque que représente la réalisation de l'événement aléatoire visé (le décès du crédit-rentier) afin d'estimer non seulement le montant de la rente, mais encore les chances de bénéfice ou de perte. L'imprévisibilité de l'événement tend alors à être réduite, tandis que demeure une incertitude irréductible sans laquelle le contrat ne serait plus aléatoire mais commutatif.

534. Contrat d'assurance et activité d'assurance – Il a été avancé que l'éventualité de perte dans les contrats d'assurances serait inexistante du côté de l'assureur qui, par application de la loi des grands nombres qui résulte de son activité d'assureur, *mutualise* le risque au point que le contrat serait pour lui toujours bénéficiaire. L'article 1108 du Code civil exige pourtant que l'on adopte un point de vue que l'on pourrait qualifier de micro-contractuel, *en laissant hors du champ de l'analyse toute considération macro-contractuelle tenant à l'activité d'assurance dans son ensemble*. Le texte d'ailleurs y invite, en évoquant « *le* » contrat au singulier, et non l'ensemble économique dans lequel il s'inscrit et qui relève lui d'une logique commerciale qui, en soi, lui est *juridiquement* étrangère, du moins à des fins de qualification. Il s'agit en fait *de s'interroger sur la qualification d'un contrat d'assurance et non sur la qualité d'assureur de l'organisme qui le propose*. Dès lors, d'un point de vue micro contractuel, chaque contrat d'assurance est bien un contrat aléatoire car de part et d'autre il y a bien, *au moment où il est conclu* et dans une analyse purement patrimoniale, une incertitude pesant pour l'un sur l'éventualité d'une perte, et pour l'autre sur la chance d'un gain : « [...] l'équilibre dont il s'agit de constater l'incertitude initiale s'apprécie au regard des seuls termes de l'opération que règle le contrat »¹⁹⁸¹.

535. Proposition de modification de l'article 1108 du Code civil – Afin d'intégrer l'idée d'une réelle contractualisation du risque en termes de valeur, il est proposé de modifier le texte de l'article 1108 comme suit : « Il est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage *certain* qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit. Il est aléatoire lorsque *l'équivalent prévisible, pour chacune des parties ou pour l'une d'entre elles, consiste dans une chance de gain ou de perte d'après un événement incertain* ».

¹⁹⁸¹ V. not. sur ce point : Ph. STOFFEL-MUNCK, préc., n°36.

§2 : La soumission du risque au contrat

536. Des incitations fortes à recourir aux techniques d'adaptation du contrat – La fonction prophylactique de la consécration par la loi de la révision judiciaire pour imprévision a été soulignée par nombre d'auteurs¹⁹⁸². Elle constitue un signe parmi d'autres d'une tendance lourde du droit des contrats à inciter les parties à gérer elles-mêmes conventionnellement les conséquences de la survenance du risque. Le champ des possibilités d'*adaptation* du contrat au risque apparaît aussi vaste que l'imagination de la pratique¹⁹⁸³, et elles apparaissent être une solution bien plus efficace, puisque conduisant à *maintenir le lien en l'adaptant au nouvel état de la réalité*¹⁹⁸⁴. L'argument soulevé par les partisans de la théorie de l'imprévision, peut être entendu : il convient de toujours retenir une faveur pour le contrat, dont l'utilité en tant que mécanisme d'échanges économiques, pour les parties et la société toute entière, justifie qu'on cherche prioritairement à le maintenir plutôt qu'à l'anéantir.

537. Responsabilisation des contractants – Certes, en assurant chaque contractant que la relation dans laquelle il s'engage demeurera conforme à ce qui avait été décidé initialement – ce que l'on nomme couramment l'*intangibilité*¹⁹⁸⁵ – il est évident que le droit met en place les conditions optimales de la confiance. Mais les choses sont-elles fondamentalement différentes si l'on admet *la mutabilité de la convention*, dès lors que les parties ont dès l'origine connaissance, non seulement des conditions gouvernant la mise en œuvre de ce changement, mais encore du processus qui le supportera ? Evidemment non. Aucune atteinte n'est portée aux prévisions des parties dans la mesure où la possibilité que ce qu'elles ont décidé puisse être modifié a été prévue dans leur accord de volonté, et que les conditions dans lesquelles pourrait le cas échéant intervenir un tel changement demeurent suffisamment prévisibles. A l'inverse, toute intervention extérieure qui viendrait autoritairement adapter les prévisions initiales pour faire face à la réalisation d'un risque porterait une atteinte à la prévisibilité du processus de nature à violer la confiance de celui des contractants qui ne l'aurait pas sollicitée. *C'est donc aux contractants qu'il incombe au premier chef d'assurer la préservation de leurs intérêts*¹⁹⁸⁶ en anticipant le risque. A tel point que, selon un auteur, la

¹⁹⁸² Cf. *supra* not. n°512.

¹⁹⁸³ V. par ex. : J-J UETTWILLER, C-E PRIEUR, « Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux », *Bull. Joly* 2004.1449, n°3.

¹⁹⁸⁴ E. BROUSSEAU, *op. cit.*, spéc. p. 166 et s.

¹⁹⁸⁵ V. le dossier : « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 42.

¹⁹⁸⁶ J-M MOUSSERON, *préc.*, p. 482 et s., n°17 : « hormis l'application immédiate de lois nouvelles aux contrats en cours et des interventions judiciaires extrêmement réduites par le refus répété de l'imprévision, l'adaptation

même logique dissuasive pouvait être trouvée dans le maintien contre vents et marées de la jurisprudence *Canal de Craponne*: « en refusant la révision pour imprévision, la haute juridiction cherche à inciter les contractants à prendre en main leurs affaires afin qu'ils apportent une réponse sur mesure à l'irruption de l'imprévu au sein du contrat »¹⁹⁸⁷. C'est dire, conclu cet auteur, qu'on est ici en présence d'une règle supplétive d'une nature particulière, en ce qu'elle remplit ce qu'on pourrait appeler une « fonction répulsive »¹⁹⁸⁸.

538. Différence avec les techniques de soumission du contrat au risque – Il nous semble donc qu'il y ait là une différence essentielle entre les techniques précédemment évoquées consistant à soumettre le contrat au risque¹⁹⁸⁹ et les techniques d'adaptation: celles-ci, en effet, procèdent essentiellement de l'idée qu'il convient de mettre en place, en amont, les conditions d'une *coexistence* du prévu et de l'imprévu ou de l'incertain. Or la condition en particulier, qu'elle soit suspensive ou résolutoire, est au contraire la manifestation explicite d'un refus de cette coexistence. De nombreuses techniques existent évidemment, qui permettent d'anticiper les adaptations rendues nécessaires pour faire face à la survenance de certaines perturbations. Pourtant, l'on ne peut que regretter le caractère encore très insuffisant de leur usage en droit français, alors même qu'ils sont largement répandus dans le monde anglo-saxon. Sur ce point, l'ordonnance du 10 février 2016, a constitué un net progrès en introduisant, à l'article 1195 du Code civil, un mécanisme de gestion de l'imprévision largement délégué à la convention des parties¹⁹⁹⁰.

539. Les clauses de révision ou de renégociation – D'origine anglo-saxonne, la clause de *hardship* est sans doute la plus connue, car elle constitue le palliatif le plus souvent évoqué à l'interdiction de la révision judiciaire pour imprévision. Elle vise à organiser la possibilité pour une des parties de demander une adaptation du contrat lorsque « les données économiques du moment de la formation de la convention ont subi des modifications postérieures et imprévisibles ayant profondément déséquilibré celle-ci et rendu son exécution d'une exceptionnelle dureté pour l'une des parties »¹⁹⁹¹. La clause peut prévoir que la révision

du contrat aux modifications de l'environnement est confiée par les autorités publiques à la seule volonté des parties ».

¹⁹⁸⁷ Y. LEQUETTE, « De l'efficacité des clauses de *hardship* », in. *Liber Amicorum C. LARROUMET*, Economica, 2010, p. 268 (nous soulignons).

¹⁹⁸⁸ *Idem*, p. 268 (nous soulignons) ; R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », in. *Mélanges JAUFFRET, PUAM*, 1974, p. 211.

¹⁹⁸⁹ Cf. *supra* n°521 et s.

¹⁹⁹⁰ Cf. *supra* n°408

¹⁹⁹¹ L. THIBIERGE, *op. cit.*, n°114.

du contrat soit menée par les parties elles-mêmes, mais il n'est pas rare qu'elle prévoit l'intervention d'un expert en cas de désaccord, d'un médiateur ou même d'un juge¹⁹⁹². Si la stipulation de telles clauses reste encore trop peu développée en droit français¹⁹⁹³, il est à noter que la loi HAMON en a imposé la stipulation en matière commerciale, sous peine d'amende, dans certains contrats spécifiquement énumérés¹⁹⁹⁴.

540. Les clauses de variation automatique – La stipulation d'une clause de variation automatique permet de se prémunir contre le risque que fait peser l'érosion monétaire sur les valeurs en jeu dans le contrat. La souplesse de cet instrument laisse les parties libres¹⁹⁹⁵ de choisir la corrélation qui leur semble la plus souhaitable : ainsi sera-t-il possible d'arrimer la variation non seulement au cours de d'une monnaie quelconque ou même sur l'or (clause valeur-or), mais encore sur le prix d'un bien ou d'un service (clause d'échelle mobile)¹⁹⁹⁶. De telles clauses constituent l'instrument le plus performant de mise en place d'une prévisibilité juridique pour faire face à l'imprévisibilité matérielle pouvant affecter – et affectant sûrement, dans le cas de l'érosion monétaire – les prévisions initiales des parties : elles permettent *une adaptation constante des prévisions à l'évolution du contexte*.

541. Principe de faveur à l'égard de l'adaptation conventionnelle – La mise en œuvre du principe de prévisibilité dans tous ses prolongements implique que soient intégrées au sein du droit positif des incitations fortes à l'égard des justiciables. Nous proposons donc que soit consacré un principe de faveur à l'égard de l'anticipation conventionnelle de la gestion du risque. La révision du contrat pour imprévision pourrait être admise par exception à la condition que soit démontrée l'existence d'une attente légitime en ce sens au moment de la conclusion du contrat. Celle-ci le serait aisément, sans que cela ne soulève de difficultés, en cas de stipulation d'une clause de révision prévoyant le recours au juge en cas d'imprévu. Elle le serait également en présence d'une clause de variation devenue caduque, ou encore d'une clause de renégociation alors même que les parties ne parviendraient pas à s'entendre au stade de la mise en œuvre de celle-ci. Dans chacun de ces cas en effet, *le risque que représente l'adaptation du contrat*, toute défiance à l'égard du juge mise à part, était prévisible dès

¹⁹⁹² C. JARROSSON, « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », *in. Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, colloque d'Aix en Provence, PUAM, 1990, p.141 s.

¹⁹⁹³ Pour les contrats internationaux V. : M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op. cit.*, n°310, p. 243.

¹⁹⁹⁴ Article L. 441-8 du Code de commerce. V. L. et J. VOGEL, *op. cit.*, p. 66.

¹⁹⁹⁵ La licéité de la clause est néanmoins conditionnée par l'exigence que la valeur visée ait un lien direct avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties (Article L. 112-1 à L. 112-4 du Code monétaire et financier).

¹⁹⁹⁶ C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 411.

l'origine et avait fait naître une attente de ce chef. En revanche, en l'absence de toute clause ou signe quelconque le juge renverrait les parties à leur propre responsabilité dans le défaut d'anticipation, et les règles légales d'imputation ou de répartition du risque trouveraient à s'appliquer à défaut d'accord sur une adaptation conventionnelle.

542. Proposition d'ajout d'un troisième alinéa à l'article 1195 du Code civil – Il conviendrait pour ce faire d'ajouter un troisième alinéa à l'article 1195 du Code civil, en tenant compte de la proposition de modification déjà faite précédemment¹⁹⁹⁷ : « *Par exception, le juge peut procéder à la révision du contrat dès lors que celle-ci était prévisible par les contractants lors de la formation du contrat, au vu notamment des stipulations du contrat* ».

543. Conclusion de la sous-section 2 relative aux techniques de contractualisation du risque – Si certaines techniques sont classiques, leur étude révèle parfois une certaine inadaptation aux objectifs qu'elles ont pour fonction de servir. Il conviendrait ainsi de permettre la stipulation d'une condition portant sur un événement actuel mais incertain *pour les parties*. La nouvelle formulation de l'article 1108 du Code civil, qui distingue les contrats commutatifs des contrats aléatoires, souffre également d'une imprécision qui nuit à sa vocation typologique, ce pourquoi il devrait être modifié pour retrouver l'esprit de l'ancien article 1104. En outre, tant en ce qui concerne le risque assurable que la réalisation de la condition, il semble qu'il faille prendre en compte *l'incertitude plus que l'imprévisibilité*, soit une analyse purement subjective qui doit notamment conduire à admettre la possibilité d'assurer un risque putatif (ce qui est déjà admis *de lege lata* dans certains cas). Enfin, la logique d'incitation à la prévision par les parties des modalités de gestion du risque devrait conduire à appliquer un *principe de faveur à l'égard de l'anticipation conventionnelle de la gestion du risque conduisant à admettre la révision judiciaire à la demande d'une seule partie lorsqu'elle serait en mesure de prouver que l'adaptation du contrat ne constituait pas en soi un risque imprévisible pour l'autre partie lors de la conclusion du contrat*.

544. Conclusion de la section 1 relative à la gestion du risque – La contractualisation du risque apparaît comme une nécessité eu égard aux incitations de plus en plus évidentes du droit positif en ce sens. Il en va du reste de l'intérêt bien compris des parties, qui trouvent là

¹⁹⁹⁷ Cf. *supra* n°409.

un moyen d'optimiser la satisfaction qu'elles retirent du contrat. L'éventail des techniques de contractualisation du risque est divers. Il est possible de proposer une distinction en fonction de l'effet recherché à travers elles : soit en effet elles conduisent à soumettre le contrat au risque, soit elles mettent en place au contraire une soumission du risque au contrat. Dans les deux cas il importe de souligner l'importance de *l'intégration du risque en termes de valeur dans l'équilibre initial du contrat*, qui conduit à proposer une amélioration de certains mécanismes.

Section 2 : L'adaptation du risque

545. Introduction – Parallèlement à la contractualisation du risque – c'est-à-dire à l'intégration des modalités de sa gestion au cas où il se produirait – les contractants pourront souhaiter *faire varier leur degré d'exposition au risque*, soit en accroissant la prévisibilité dont ils bénéficient par le fait des techniques de prévention mises en œuvre par la loi, soit au contraire en abaissant le niveau de cette prévisibilité légale par des clauses visant à réintroduire le risque dans la relation contractuelle. Il s'agit d'un choix d'opportunité dont les contractants sont seuls maîtres, en raison du principe de liberté contractuelle, et sous réserve du respect de l'ordre public. Plusieurs *conditionnements* vont cependant déterminer la résolution de ce choix et le caractère opportun de l'adaptation envisagée (**sous-section 1**), qu'il conviendra par la suite de transcrire à travers un certain nombre de techniques (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'opportunité de l'adaptation

546. Annonce du plan – L'adaptation du risque sera conditionnée d'abord par un ensemble de conditionnements *volontaires* tenant à ce que les anglo-saxons appellent le « *risk appetite* »¹⁹⁹⁸ de l'opération contractuelle envisagée, qui viendra évidemment orienter l'adaptation du niveau de la prévisibilité, en fonction de l'appétence des parties pour le risque (§1). En second lieu, il conviendra d'étudier un certain nombre de conditionnements *involontaires* (§2) : tous les risques n'offrent pas en effet la même emprise à la puissance de

¹⁹⁹⁸ Terme que l'on peut traduire en français par « l'appétence au risque » (cf. *ISO Guide 73 Risk management – Vocabulary*) : niveau de prise de risque accepté par l'opérateur économique eu égard aux objectifs à atteindre.

la volonté (ni même à la régulation légale) dans la mesure où le caractère personnel ou impersonnel de leur source conditionne leur réceptivité à la norme.

§1 : Les conditionnements volontaires (le « *risk appetite* »)

547. *Le paradoxe du risque* – La notion de risque est paradoxale : le sentiment qu'elle évoque sera très différent en fonction du milieu socio-économique considéré. Pour le consommateur par exemple, le risque contractuel représentera nécessairement une éventualité néfaste : il n'entend pas en effet entrer par le biais du contrat qu'il conclue dans une relation risquée, mais bien au contraire, recherche *la certitude d'une exécution conforme à ses prévisions*. A l'inverse, dans les accords commerciaux, le risque pourra apparaître *soit comme un danger dont il convient de se prémunir* (le distributeur cherchera ainsi à sécuriser ses approvisionnements, ou le vendeur à éliminer le danger d'un défaut de paiement), *soit comme une opportunité de maximiser le profit escompté de l'opération* (l'investisseur cherchera ainsi à jouer sur les variations du marché pour acheter au plus bas et revendre au plus haut). Enfin, dans certains contrats, le risque constituera *un paramètre normal de l'opération* (contrats d'assurance), voire même *sa raison d'être* (opérations de rachat de créances à risques). Cette relativité du risque doit également être prise en compte au sein même de chaque relation contractuelle. Ainsi les risques « sont, parfois, de sens différent pour les contractants. Au risque favorable pour l'un correspondra un risque défavorable pour l'autre ; en cas de vente de marchandises à prix ferme, la baisse des cours sera favorable au fournisseur mais défavorable au fournisseur ; leur hausse aura des effets inverses. Ils sont, d'autres fois, de même sens pour les parties [...] »¹⁹⁹⁹. Ainsi, « la réduction du terme "risque" au seul événement négatif peut être discutée, car alors comment expliquer la notion d'appétence au risque, variable selon les organisations, si le goût pour le risque n'était pas motivé par l'espoir de la création de valeur ? »²⁰⁰⁰.

548. *Risque positif et risque négatif* – Il s'agira donc de déterminer, *en fonction des objectifs propres à chaque opération*, quel est le degré de risque approprié au vu du profit escompté. Le risque n'est pas (seulement) une éventualité négative²⁰⁰¹ : bien au contraire, les auteurs soulignent l'importance d'adopter *une approche neutre du risque* : celui-ci devant être conçu

¹⁹⁹⁹ J-M MOUSSERON, P. RAYNARD, J-B SEUBE, *op. cit.*, n°845.

²⁰⁰⁰ F. VERDUN, *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁰¹ Cf. J-M MOUSSERON, P. RAYNARD, J-B SEUBE, *op. cit.*, p. 377 et s., qui distinguent les risques « heureux » des risques « malheureux ».

*tant en terme d'opportunité que de vulnérabilité*²⁰⁰² : « un risque aux conséquences négatives aura pour origine un événement qui va rendre indisponible, temporairement ou définitivement une ou plusieurs ressources de l'organisation. Le risque aux conséquences négatives peut donc compromettre le succès de la stratégie de l'organisation, et empêcher celle-ci d'atteindre son but »²⁰⁰³. A l'inverse, « un risque aux conséquences positives est un événement qui facilite l'atteinte des objectifs de l'organisation, le succès de sa stratégie, et donc l'atteinte de ses buts »²⁰⁰⁴. Le caractère positif ou négatif du risque sera donc le résultat d'une part *de la considération du but poursuivi à travers l'opération contractuelle*, et d'autre part *du traitement choisi (ou de l'absence de traitement le cas échéant)*. Lorsque le risque apparaîtra comme une éventualité néfaste, par rapport au but que les parties se sont fixé, il conviendra d'opter pour une régulation visant à en supprimer la source ou à en isoler l'effet. A l'inverse, lorsqu'il apparaîtra comme une éventualité bénéfique, la mise en place de mécanismes visant à l'intégrer dans les prévisions contractuelles permettra de profiter de l'opportunité qu'il représente *tout en évitant l'effet de surprise, toujours néfaste*. Le choix sera donc vaste entre une prévention consistant soit à *supprimer* la source du risque, soit à *l'isoler*, soit encore à *l'intégrer* en tant qu'indétermination aux prévisions contractuelles. Ainsi, pour un même type de risque, un large panel de possibilités s'offrira aux parties pour transcrire dans les stipulations leur *risk appetite*.

549. L'exemple de la sécurisation du risque d'impayé – Une illustration peut être trouvée dans la question du défaut de paiement : il pourra être un *risque médiate*²⁰⁰⁵, manifestation indirecte au sein du contrat d'un risque politique (mise en place de restrictions portant sur la convertibilité de la monnaie ou les transferts à l'étranger²⁰⁰⁶) ou économique (variation de taux de change, inflation²⁰⁰⁷), mais il pourra également être *purement endogène* dans le cas d'une insolvabilité, d'une faillite, ou encore d'un simple refus de payer du débiteur²⁰⁰⁸. L'étape d'identification du risque devra donc être l'occasion de procéder à un certain nombre de vérifications, surtout lorsque le contrat ne s'inscrit pas dans une relation antérieure à même de

²⁰⁰² *Idem, ibid.*

²⁰⁰³ *Idem, p. 18.*

²⁰⁰⁴ *Idem, ibid.*

²⁰⁰⁵ *Cf. supra*

²⁰⁰⁶ N. LACASSE, « L'évaluation et la gestion du risque de défaut de paiement dans les contrats internationaux », in N. LACASSE et L. PERRET (s. la dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1991, p. 452 et s.

²⁰⁰⁷ *Idem, ibid.*

²⁰⁰⁸ *Idem, ibid.*

fonder une confiance suffisante dans la solidité financière et la probité du cocontractant²⁰⁰⁹. De tels renseignements peuvent être obtenus par le biais des établissements bancaires, de services gouvernementaux, ou d'organismes d'assurance-crédit tels que *Euler Hermes*, *Atradius* ou *COFACE*, qui fournissent aux investisseurs, en même temps que leur garantie, un certain nombre d'analyses quant aux risques pays et commerciaux dans la plupart des secteurs d'activité. Une fois le risque de paiement identifié, évalué, et confronté au « *risk appetite* » du contractant, il pourra faire l'objet d'un traitement plus ou moins souple²⁰¹⁰ : l'on optera soit pour un traitement de nature *préventive*, par lequel on cherchera à contraindre la source du risque afin d'éviter qu'il ne se produise, soit pour une simple anticipation des mécanismes de gestion du risque au cas où il se réaliserait.

Quoi qu'il en soit, « en rédigeant le contrat, l'exportateur rédige sa propre garantie de paiement. [...] la sécurité du paiement est la préoccupation qui guide l'exportateur chevronné lors de la préparation et de la conclusion des contrats. Il tente de prévoir à l'avance des solutions adaptées aux problèmes qui peuvent survenir dans l'exécution du contrat, sachant pertinemment qu'en matière internationale tout imprévu lui sera couteux. Le but ultime pour lui est d'aménager le contrat de façon à avoir la certitude d'être payé »²⁰¹¹. Le choix *du moyen de paiement* est de ce point de vue particulièrement éclairant : il aura pour effet soit de laisser perdurer le risque, soit de l'intégrer aux prévisions contractuelles en tant que tel, soit de l'isoler du contrat, ou d'en supprimer purement et simplement la source.

550. Exposition au risque de non-paiement – Un risque maximal d'impayé sera en théorie supporté par le créancier lorsque le paiement doit avoir lieu en différé (après la livraison) ou au comptant (par simple présentation d'une facture commerciale), ou par le recours à un effet de commerce, lettre de change²⁰¹² ou billet à ordre. Ces modes de règlement n'apportent en effet *aucune garantie quant au fait que le paiement demandé sera honoré à l'encaissement*, d'autant que ni la remise à l'escompte ni l'endossement de la traite ou du billet à ordre ne pourront servir à opérer un transfert du risque sur l'établissement bancaire ou l'endossataire²⁰¹³. Il conviendra donc de réserver ces modes de paiement aux relations commerciales fondées sur une confiance réciproque forte envers le partenaire qui apparaît

²⁰⁰⁹ J-L AMELON, J-M CARDEBAT, *op. cit.*, p. 257.

²⁰¹⁰ En effet, « les parties ont la faculté d'aménager le paiement du prix. Elles vont, notamment, assurer la mesure et la sanction des délais de paiement » (J-M MOUSSERON, *op. cit.*, n°743).

²⁰¹¹ N. LACASSE, *préc.*, p. 457.

²⁰¹² Article L. 511-1 et s. du code de commerce.

²⁰¹³ Article L. 511-10 du code de commerce : « L'endosseur est, sauf clause contraire, garant de l'acceptation et du paiement. Il peut interdire un nouvel endossement. Dans ce cas, il n'est pas tenu à la garantie envers les personnes auxquelles la lettre est ultérieurement endossée ».

solvable et fiable. Dans le cas inverse en effet, l'évaluation du « *risk appetite* » permettra de déterminer l'opportunité du recours à des techniques bancaires de sécurisation du paiement, *lesquelles ont évidemment un coût*. La technique du règlement par encaissement documentaire D/A²⁰¹⁴ apparaît à ce titre comme un mécanisme également risqué, dans la mesure où l'acceptation donnée à la remise des documents continue de faire peser le risque de paiement sur le vendeur qui ne reçoit qu'un simple effet de commerce en contrepartie de la mise en possession de l'importateur²⁰¹⁵.

551. Recours à des mécanismes d'isolement du risque de non-paiement – A un second niveau, il est possible de sécuriser le paiement *en isolant le risque d'impayé*, de façon à ce que son effet ne puisse jouer sur le contrat. La technique la plus pertinente sera alors de stipuler des mécanismes permettant au vendeur de ne se dessaisir des marchandises qu'une fois le paiement intervenu. On pourra alors insérer, dans les contrats de vente, une clause de réserve de propriété²⁰¹⁶ qui, par dérogation au *mécanisme solo consensu*, reportera le transfert de propriété à l'entier paiement du prix, nonobstant la livraison du bien. Mais une technique plus efficace encore consistera à conditionner la *remise* de la chose (et non le seul transfert de propriété²⁰¹⁷) au versement du prix. Concrètement, il s'agira pour le vendeur de conserver ses marchandises en entrepôts jusqu'à complet paiement des sommes dues par l'acheteur, en stipulant une clause de paiement par encaissement documentaire D/P²⁰¹⁸ : « pour ce faire, l'exportateur va se servir de documents qui conditionnent l'accès à la possession des marchandises et voir à ce que ces documents ne soient remis à l'acheteur que contre paiement »²⁰¹⁹. Pourtant, si l'effet du risque d'impayé se trouve isolé du contrat dans la mesure où le transfert de propriété des biens n'a alors point lieu, il reste que la réalisation du risque entraîne certains coûts à la charge du créancier qui se verra dans la nécessité soit de trouver un autre acheteur, soit de rapatrier à ses frais les biens expédiés inutilement...

552. Suppression à la source du risque de non-paiement – Il pourra alors sembler utile au rédacteur d'assurer une prévisibilité optimale, en supprimant purement et simplement le

²⁰¹⁴ Documents contre acceptation (ou *Documents against acceptance* : D.A.A).

²⁰¹⁵ N. LACASSE, préc. L'auteur relève cependant que la France fait exception puisque la remise d'un effet de commerce accepté et domicilié constitue un véritable paiement.

²⁰¹⁶ Article 2367 du Code civil. Il convient néanmoins d'avoir conscience du caractère très relatif de cet instrument qui pourra ne pas être reconnu par certains systèmes juridiques : d'où l'importance de coordonner de telles stipulations avec une clause d'*electio juri* pertinente.

²⁰¹⁷ En pratique les deux mesures peuvent être combinées en adjoignant une clause de réserve de propriété à une clause de REMDOC D/P.

²⁰¹⁸ Document contre paiement (ou *documents against payment* : D.A.P).

²⁰¹⁹ N. LACASSE, préc.

risque de non-paiement. L'opportunité du recours à ces techniques devra être appréciée en fonction de l'évaluation du risque précédemment identifié, dans la mesure où certaines ont un coût, qui peut s'avérer important en fonction des frais et commissions prélevés par les établissements bancaires offrant leur garantie. On peut distinguer les techniques selon qu'elles font ou non intervenir un tiers-payeur.

Sans intervention d'un tiers-payeur, il sera possible de stipuler une clause de paiement d'avance²⁰²⁰, soit du prix en son entier, soit d'une fraction²⁰²¹ restant ensuite à régler le solde en cours d'exécution. Si l'on décide en revanche de recourir à un tiers-payeur, la principale technique en usage dans la pratique commerciale est le règlement par *crédit documentaire*²⁰²² : « le mécanisme repose sur la substitution d'une banque à l'acheteur, laquelle paie le vendeur à la remise de certains documents. [...] La banque devient débiteur principal à l'égard du vendeur »²⁰²³.

553. La prévention du risque par le recours au règlement par crédit documentaire – Le crédit peut être *irrévocable* ou *révocable*. Dans ce dernier cas, la banque n'est pas engagée : le crédit documentaire révocable ne constitue pas un engagement ferme de payer de la part de l'établissement financier, il n'offre donc pas une prévention efficace du risque d'impayé²⁰²⁴. Seul le crédit documentaire *irrévocable*, constituera une sécurité efficace, à même de prévenir le risque de non-paiement : « lorsque le crédit est irrévocable, la promesse du banquier fait naître contre celui-ci, au profit du bénéficiaire, un engagement ferme et direct, qui peut faire l'objet d'une saisie par les créanciers du bénéficiaire. Mais si des traites documentaires lui sont présentées régulièrement, le banquier doit les payer sans pouvoir invoquer, ni les instructions contraires de son donneur d'ordre, prétendant que le vendeur n'a pas exécuté ses obligations, ni les modifications qui peuvent se produire dans la situation juridique du

²⁰²⁰ L'acheteur devra alors se couvrir contre le risque de défaillance du vendeur soit en stipulant une garantie de restitution d'acompte, soit en ayant un droit de gage sur les biens. A noter que de telles clauses sont interdites dans certains contrats en droit français : contrats portant sur l'acquisition d'un bien ou d'un droit immobilier (article 1589-1 du Code civil).

²⁰²¹ Sur les diverses dénominations que peuvent revêtir ces sommes : J-M MOUSSERON, P. RAYNARD, J-B SEUBE, *op. cit.*, n°744.

²⁰²² V. not. : E. CAPRIOLI, *Le crédit documentaire : évolution et perspectives*, Bibl. dr. de l'entr., Litec, 1992 ; L. MAURA COSTA, *Le crédit documentaire. Etude comparative*, LGDJ, 1999 ; J. STOUFFLET, « Crédit documentaire », *in. Rép. dr. com.*, Dalloz, 2004 (à jour : juin 2015) ; D. LEGEAS, « Crédit documentaire », *in. Jurisclasseur commercial*, Fasc. 366 (à jour : oct. 2015).

²⁰²³ J-B RACINE, F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2011, p. 350.

²⁰²⁴ J. BEYER, *L'irrévocabilité de l'engagement dans les crédits documentaires irrévocables*, th. dactyl., Paris, 1953 ; G. FRIEDEL, « Remarques sur l'engagement du banquier dans le crédit documentaire irrévocable », *in. Etudes de droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, 1961, p. 535.

donneur d'ordre (décès, liquidation judiciaire, etc.) »²⁰²⁵. Dès lors, « ce mode de règlement constitue [...] pour le vendeur ou prestataire de service une garantie très forte »²⁰²⁶, car le recouvrement de la créance contre le donneur d'ordre en cas de réalisation du risque commercial pèsera alors sur la banque émettrice du crédit²⁰²⁷.

Le recours à une clause de paiement par crédit documentaire offre donc une sécurisation optimale du paiement : celui-ci est *supprimé à la source*, et non pas simplement *isolé*, ou *géré*, puisqu'il se trouve assuré par l'ouverture d'un crédit irrévocable auprès de l'établissement bancaire émetteur, à la présentation des documents. Il importe néanmoins ici *de ne point remplacer un risque par un autre* : en effet, le recours au crédit documentaire impliquera une vérification de la solidité financière de l'établissement ayant ouvert le crédit. A défaut, le risque d'impayé ne serait que déplacé depuis l'acheteur vers la banque émettrice. Il sera alors parfois nécessaire d'ajouter une garantie, en exigeant la confirmation du crédit par la banque notificatrice qui devient alors « banque confirmatrice » : « la banque émettrice [contracte] un engagement ferme de payer, dont la confirmation par la banque confirmante, agissant sur autorisation ou à la demande de la banque émettrice, constitue aussi un engagement ferme de la banque confirmante qui s'ajoute à celui de la banque émettrice »²⁰²⁸. Là encore, cette sécurité supplémentaire ayant un coût, et il importe d'évaluer correctement le risque en amont afin de s'épargner des mécanismes qui ne seraient pas strictement nécessaires au vu du *risk appetite* de l'opération.

554. Distinction du crédit documentaire et de la garantie à première demande – La doctrine présente souvent le crédit-documentaire en même temps que d'autres mécanismes de garantie telle que la garantie à première demande²⁰²⁹ notamment²⁰³⁰. Il est vrai qu'au sens large, ces mécanismes ont pour fonction de « prémuni[r] une personne contre une perte pécuniaire »²⁰³¹.

²⁰²⁵ Ph. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, *Effets de commerce – Banque, Contrats commerciaux, Procédures collectives*, 17^e éd., LGDJ, 2004, n°2426.

²⁰²⁶ J. STOUFFLET, préc., n°1.

²⁰²⁷ J-M JACQUET, Ph. DELEBECQUE, S. CORNELOUP, *Droit du commerce international*, 3^e éd., 2014, p. 529. Il est à noter qu'au-delà de l'hypothèse du risque d'impayé tenant strictement au cocontractant (risque commercial), le crédit documentaire permet également, en fonction du type de crédit retenu, de se prémunir également du *risque banque* et du *risque pays* lorsqu'il s'agit d'un crédit documentaire irrévocable et confirmé.

²⁰²⁸ R. ROUTIER, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 3^e éd., 2012, n°712.42. V. l'article 3 des *Règles et usances uniformes (RUU)* 600.

²⁰²⁹ J-B RACINE, F. SIIRIAINEN, *op. cit.*, p. 337 : « obligation souscrite par un garant à la demande d'un donneur d'ordre de payer une somme d'argent à un bénéficiaire à titre de garantie de l'exécution *d'un contrat de base* » (nous soulignons). La garantie à première demande est une sûreté personnelle, distincte et indépendante du contrat de base.

²⁰³⁰ J-B RACINE, F. SIIRIAINEN, *op. cit.*, p. 337 ; H. KENFACK, *Droit du commerce international*, Dalloz, 5^e éd., 2015, p. 184.

²⁰³¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., V^o *garantie*.

Pourtant, « la garantie regrouperait tous les avantages spécifiques à un créancier dans le but de faire face à l’insolvabilité du débiteur »²⁰³², telle que par exemple la clause de réserve de propriété ou la vente à réméré²⁰³³. Il semble donc que les deux mécanismes doivent être soigneusement distingués. Ainsi que le remarquait un auteur : « la garantie à première demande ressemble au crédit documentaire mais elle en est distincte. Le crédit documentaire permet *le règlement du contrat de base* alors que la garantie à première demande n’est appelée *que lorsque le contrat de base n’est pas exécuté* »²⁰³⁴. Ainsi, il y a bien une *substitution originelle* de la banque dans le crédit documentaire²⁰³⁵, qui sur le plan du risque traduit une forme particulièrement efficace de régulation puisque celui-ci se trouve supprimé à la source. A l’inverse dans le mécanisme de la garantie à première demande *le risque n’est pas supprimé mais au contraire intégré dans le contrat*, étant seules anticipées les conditions de sa gestion, c’est-à-dire que les parties conviennent de composer avec l’éventualité d’une réalisation du risque en anticipant la façon dont les conséquences en seront neutralisées *a posteriori*. Autant dire que sur le plan de la prévisibilité ce sont deux techniques absolument différentes tant par leur philosophie que par leurs effets.

§2 : Les conditionnements involontaires

555. Les conditionnements tenant à l’origine et à la qualité de la source – Si le type de régulation (prévention ou intégration du risque) devant être mise en place doit être évalué en termes d’opportunité, certains paramètres affectant le risque vont aussi venir conditionner l’efficacité du recours à certains instruments : ainsi évidemment du *caractère personnel ou impersonnel* de la source du risque, déjà évoqué²⁰³⁶, ou encore de son *caractère endogène ou exogène*²⁰³⁷.

556. Une impuissance de principe au-delà des limes du contrat – La puissance juridique des parties contractantes ne s’exprime pleinement qu’au sein de la relation qu’elles ont tissée entre elles : l’ensemble des risques dont la source se situe hors du champ contractuel, échappe en grande partie et par principe à leur empire. *Le caractère endogène ou exogène du risque*

²⁰³² H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés, Publicité foncière*, 7^e éd. par Y. PICOD, Montchrestien, 1999, n°5-1.

²⁰³³ *Idem, ibid.*

²⁰³⁴ H. KENFACK, *op. cit.*, p.185.

²⁰³⁵ J-B RACINE, F. SIIRIAINEN, *op. cit.*, p. 350 : « le mécanisme repose sur la substitution d’une banque à l’acheteur, laquelle paie le vendeur à la remise de certains documents ».

²⁰³⁶ Cf. *supra* n°153.

²⁰³⁷ Cf. *supra* n°152.

constitue donc le premier conditionnement qui s'impose aux parties dans leur entreprise de prévention du risque, postulant par principe une impossibilité de contrôler ce qui se passe au-delà de ce qui se trouve contractuellement lié : il y aura une impossibilité qui sera soit matérielle (l'on voit mal en effet comment il serait possible matériellement pour eux d'agir à la source afin de neutraliser contractuellement celle-ci dans le cas de la survenance d'un quelconque cataclysme, ou événement social ou politique perturbateur), soit, face à un risque de nature personnelle, une impossibilité juridique en raison de l'obstacle que constitue le principe de l'effet relatif des contrats (les contractants se trouveront dans l'impossibilité de contraindre les tiers à ne point interférer dans leur relation). L'on a vu ainsi que seule la loi, par le biais du principe corrélatif de l'opposabilité des contrats, était en mesure de mettre en place un mécanisme efficace de prévention des risques personnels extérieurs au contrat sur ce point.

Encore est-il nécessaire cependant d'effectuer certaines distinctions, sous peine de se condamner trop vite à l'impuissance. En effet, prévenir le risque dans une optique de prévisibilité ne consiste pas simplement à l'éliminer : la palette des instruments est en effet riche de nuances, qui permettront d'atteindre au même résultat par des voies moins radicales. Il sera alors nécessaire d'identifier *un point de contact entre le risque externe et le contrat*, à savoir : un risque *médiat*²⁰³⁸, source de risque indirecte répercutant à l'intérieur du contrat un risque à l'origine externe (A). De manière exceptionnelle on pourra également observer certains mécanismes de prévention du risque purement exogène (B).

A) La prévention du risque médiat

557. Où l'on retrouve le critère de la personnalité... – Si les contractants s'avèrent en grande partie impuissants face à un risque trouvant sa source en dehors du contrat, il n'en va pas de même lorsque l'effet de la réalisation d'un tel risque est susceptible de se répercuter dans le contrat par le truchement d'un risque médiat. Il sera alors possible d'agir sur celui-ci pour isoler l'effet d'une réalisation du risque exogène. Les techniques sont plus ou moins connues, de régulation efficace par un tel biais. On distinguera celles à destination d'un risque médiat *personnel*, et celle à destination d'un risque médiat *impersonnel*.

558. La clause de force majeure – L'illustration la plus saisissante de ce phénomène dans le cas d'un risque médiat *personnel* est évidemment la stipulation d'une clause de force

²⁰³⁸ Cf. *supra* n°179 et s.

majeure : les parties vont par-là adapter la protection de base assurée par le droit positif, en définissant un certain nombre d'événements comme constituant des cas de force majeure exonérant le contractant défaillant de sa responsabilité, ou au contraire en rétrécissant le champ de l'exonération par des exclusions expresses²⁰³⁹, le tout évidemment en considération de leur appétence au risque : « cette clause permet d'affiner et d'adapter la notion de force majeure à l'opération contractuelle envisagée [...]. Selon la volonté des parties, la clause peut conduire à un élargissement du champ d'application de la force majeure – elle devient une clause d'exonération – ou au contraire à une diminution de ce champ – la clause est alors qualifiée de clause de garantie »²⁰⁴⁰. Les formules varient, des plus laconiques²⁰⁴¹ aux plus exhaustives²⁰⁴². De telles clauses sont évidemment valables, et elles lieront le juge qui en serait saisi²⁰⁴³. On relèvera néanmoins un paradoxe : l'on aurait en effet tendance à croire que plus la clause sera formulée avec précision (notamment en listant les types d'événements) plus la prévisibilité sera grande. Or en réalité c'est l'inverse qui se produit : face à une clause particulièrement précise dans la désignation des événements constituant des cas de force majeure, le risque est de donner l'impression d'un caractère limitatif de la stipulation²⁰⁴⁴, et d'offrir à tout autre événement une brèche pour venir perturber le contrat²⁰⁴⁵. Formulées avec prudence, de telles clauses seront néanmoins très utiles pour pallier certaines incertitudes : notamment, « ces stipulations peuvent avoir pour objet d'énumérer des causes d'exonération qui ne répondent pas avec certitude ou *stricto sensu* à la force majeure de droit commun (grève au sein de l'entreprise débitrice, inondation en zone inondable, fait d'un fournisseur ou d'un sous-traitant etc.). L'intérêt est alors double : dispenser les parties de prouver que les

²⁰³⁹ V. aussi sur ce point les clauses définissant les causes légitimes de prorogation des délais. Par ex. : article 17-1 du *Clausier-type de contrats de partenariat* élaboré par la Mission d'appui aux partenariats public-privé, disponible sur www.economie.gouv.fr.

²⁰⁴⁰ J. MESTRE, J-C RODA, *op. cit.*, p. 397.

²⁰⁴¹ Certaines sont des clauses de style : elles ne font que renvoyer au droit commun dans l'appréciation de l'événement exonératoire.

²⁰⁴² On peut citer par exemple la formule des contrats-types de l'International Trade centre (*in. Model Contracts for Small Firms : Legal Guidance for Doing International Business, International Trade centre, 2010*) : « "Force majeure" means war, emergency, accident, fire, earthquake, flood, storm, industrial strike or other impediment which the affected party proves was beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of this contract, or to have avoided or overcome it or its consequences ». [« La "force majeure" signifie une guerre, une urgence, un accident, un incendie, un tremblement de terre, une inondation, une tempête, une grève industrielle ou un autre empêchement dont la partie affectée prouve qu'elle était hors de son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement moment de la conclusion de ce contrat, ou l'avoir évité ou surmonté ou ses conséquences »].

²⁰⁴³ Com. 8 juill. 1981, n°79-15626, Bull. IV, n° 312.

²⁰⁴⁴ A-S LUCAS-PUGET, « La clause de force majeure (formule) », CCC 2015.46.

²⁰⁴⁵ V. par ex. : Com., 11 oct. 2005, n° 03-10975 : RTDCom.2006.177, obs. D. LEGEAIS : survenance d'un incendie, non mentionné dans la clause évasive de responsabilité excluant celle-ci en cas d'événement de force majeure !

événements visés répondent aux conditions de droit commun de la force majeure et lier le juge »²⁰⁴⁶.

559. *Clauses contre le risque médiat impersonnel* – Quant au risque médiat *impersonnel* il pourra par exemple consister en l’absence d’une condition de fond (contrariété du contenu du contrat à l’ordre public, etc.) ou de forme du contrat, d’une mention obligatoire, pouvant donner lieu à nullité de la convention. L’on pourra alors stipuler une clause de divisibilité permettant d’isoler le contrat du risque juridique d’invalidation globale en raison de la nullité d’une de ses clauses²⁰⁴⁷. Les clauses de définition ou d’interprétation permettront de la même façon de prévenir le risque naissant au sein du contrat, de l’*instrumentum* lui-même : « elles ont pour objet de définir de manière circonstanciée les principaux termes du contrat afin de limiter les risques d’ambiguïté ou d’incohérence et les discussions qui pourraient en découler. Les clauses de définition ont une fonction de prévention des difficultés d’interprétation évidente, en écartant les interprétations divergentes qui pourraient naître de la terminologie employée. Les clauses de définition sont ainsi une forme d’interprétation du contrat par les parties elles-mêmes, qui imposent une interprétation commune et univoque des termes du contrat »²⁰⁴⁸.

B) La prévention du risque purement exogène

560. *Clauses de stabilisation et d’intangibilité* – La pratique contractuelle internationale a développé certaines clauses qui constituent un exemple saisissant de régulation conventionnelle du risque *purement extérieur au contrat*, quoi que n’entretenant pas de point de contact logique finalement avec la convention : les *clauses de stabilisation* et

²⁰⁴⁶ A-S LUCAS-PUGET, préc., p. 46.

²⁰⁴⁷ Cf. W. DROSS, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e éd., 2016, V^o *clause de divisibilité*. Au contraire, lorsque la clause ou l’équilibre général du contrat est jugé comme lié de façon essentielle, on stipulera une clause d’indivisibilité prévoyant la disparition du contrat dans son entier en cas d’invalidation d’une de ses dispositions.

²⁰⁴⁸ J. MESTRE, J-C. RODA, *Les principales clauses des contrats d’affaires*, Lextenso éditions, coll. Les intégrales, 2011, p. 239 (nous soulignons), qui soulignent l’utilité de telles clauses dans des contrats portant sur des matières marquée par une certaine technicité. Mais de telles clauses pourront être également utiles pour définir (et délimiter) en amont certains termes juridiques pouvant prêter à confusion (garantie, faute, etc...). A noter que la clause de définition a un intérêt qui est d’abord non contentieux, mais aussi évidemment contentieux lorsque l’incompréhension est telle qu’elle conduit les parties à solliciter l’arbitrage d’une juge. Dans ce cas, la clause de définition, avec d’autres techniques (clause d’interprétation, clause d’intégralité ou « clause des quatre coins », etc.) a pour but de prévenir le risque médiat d’intrusion de l’interprétation judiciaire par le biais des déficiences de l’*instrumentum*.

d'*intangibilité*²⁰⁴⁹ (dites aussi « *freezing clauses* »), qui consistent à figer la situation juridique (notamment en ce qui concerne la législation en matière environnementale et sociale), de façon à avoir l'assurance que les conditions qui prévalaient au moment de la conclusion du contrat perdureront tout au long de son exécution²⁰⁵⁰.

Certes il s'agit là de stipulations qui interviennent dans des circonstances bien particulières : le plus souvent dans des contrats portant sur l'exploitation des ressources minières ou pétrolières, conclus entre un Etat et un investisseur privé étranger. La relation contractuelle entre un investisseur et un Etat se trouve, par la nature même des choses, affectée d'un important aléa tenant aux prérogatives extraordinaires de l'Etat, et qui sont susceptibles de rejaillir sur les conventions que celui-ci peut être amené à passer. De telles relations sont évidemment marquées par une sorte de déséquilibre du risque, puisque l'une des parties, l'Etat, *se trouve être en même temps, de par son pouvoir normatif, la puissance à l'origine des modifications éventuelles du contexte juridique dans lequel prend place l'accord conclu*. Il est vrai que l'article 2 du Code civil pallie en droit français une grande partie des difficultés pouvant naître de cette dualité de l'Etat contractant²⁰⁵¹.

La stipulation d'une clause de stabilisation a ainsi pour objet de « geler la législation nationale du pays hôte dans l'état où elle se trouve à la date de la conclusion du contrat et, partant, de

²⁰⁴⁹ V. not. : D-X CORREA-ANGEL, *La stabilité juridique dans le droit international des investissements : étude sur le cadre juridique de l'investissement international*, th. Paris II, 2012 ; S. HOTTE, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, préf. J-M JACQUET, *Deffrénois*, 2007, spéc. n°660 s. ; J-M LONCLE, D. PHILIBERT-POLLEZ, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAI*, 2009, n°3, p. 267. N. DAVID, « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien », *JDI* 1986, p. 79 s.

²⁰⁵⁰ V. C. TITI, « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Clunet*, n° 2, avr. 2014, doct. 6 : « l'aspect le plus remarquable de ces contrats est qu'ils réunissent un cocontractant privé et un cocontractant étatique : cela fait que les contrats d'investissement sont caractérisés par un « fort déséquilibre » entre les prérogatives de deux parties, l'investisseur ne possédant que des prérogatives contractuelles alors que l'État peut faire usage, au-delà de ses prérogatives contractuelles, de son pouvoir souverain afin d'interférer avec l'exécution du contrat. Malgré sa puissance souvent supérieure sur le plan économique, le cocontractant privé est naturellement démuné de cette prérogative normative dont dispose son partenaire étatique, et c'est pour se prémunir contre ce « déséquilibre » que le cocontractant privé tente de se mettre à l'abri de toute modification défavorable du cadre réglementaire intervenant dans l'exécution du contrat. Dans le contexte de ces rapports délicats et souvent tendus, les clauses de stabilisation sont perçues par l'investisseur – ainsi que par les bailleurs de fonds du projet – comme un outil efficace d'atténuation des risques dans des industries à risques, en tant qu'elles visent la neutralisation de la double qualité de l'État d'accueil de cocontractant et d'État souverain, l'engageant à ne pas user de ses compétences législatives et donc à agir sur un pied d'égalité avec l'investisseur. En d'autres termes, elles cherchent à mettre le contractant privé à l'abri des vicissitudes de la législation de l'État d'accueil lui accordant en quelque sorte une immunité normative envers de nouvelles lois et règlements ».

²⁰⁵¹ Le problème demeure néanmoins en matière fiscale, le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle et la survie de la loi ancienne en matière contractuelle s'effaçant devant les exigences de l'ordre public. Le Conseil constitutionnel n'ayant consacré le principe de non-rétroactivité comme ayant valeur constitutionnelle qu'en matière pénale (Cons. const. DC 7 nov. 1997: *D.1999*. Somm. 235, obs. MELIN-SOUCRAMANIEN; *AJDA* 1997. 969, note SCHOETTL), le législateur n'est pas lié par ce principe en matière civile (Civ. 1, 20 juin 2000, n°97-22394, Bull. civ. I, n°191; *D.2000.699*, note NIBOYET). Ainsi, les lois nouvelles en matière fiscale pouvaient toujours jouer sur les exercices clos ou en cours lors de leur entrée en vigueur.

limiter l'exercice par l'État de sa compétence législative »²⁰⁵². L'intérêt est d'isoler le contrat de l'aléa législatif résultant des variations de l'ordre juridique étatique dans lequel il prend place, en le figeant dans un certain état qui sera alors le système normatif de référence, qui « n'opère plus tant comme droit applicable que comme corps de règles emprunté par les parties à ce droit et dont le juge ou l'arbitre est simplement invité à s'inspirer pour résoudre un éventuel litige »²⁰⁵³. Les clauses dites d'intangibilité obéissent quant à elles au même principe, mais relativement à l'aléa administratif, puisqu'elles ont pour fonction de « mettre l'investisseur à l'abri des pouvoirs exorbitants que l'État hôte peut tenir de son droit national à l'égard de ses cocontractants »²⁰⁵⁴ : en bref elles garantissent à l'investisseur que l'Etat ne fera pas usage de ses prérogatives pour réviser unilatéralement le contrat conclu.

561. Un exemple atypique d'une prévisibilité imposée hors du contrat – Ces mécanismes sont une illustration remarquable et atypique de la capacité des parties à un contrat d'influer sur le contexte dans lequel l'accord conclu est appelé à produire ses effets, afin d'en éliminer conventionnellement les risques. Ils peuvent avoir une portée globale afin de prévenir l'ensemble des risques émanant de l'exercice potentiel par l'Etat de son pouvoir normatif, ou viser simplement certains risques énumérés, auquel cas on parlera de clause de stabilisation à portée limitée. Dans tous les cas, ils consistent à donner à la partie créancière – l'investisseur privé – l'assurance d'une prévisibilité du contexte juridique dans lequel s'inscrit l'accord, en rétablissant l'égalité qui était mise à mal par la nature même de son cocontractant, à la fois partie au contrat et puissance souveraine dotée du pouvoir normatif²⁰⁵⁵. L'on pourra citer l'exemple du contrat de concession pétrolière conclu entre des sociétés pétrolières américaines et la Libye, ayant donné lieu au célèbre arbitrage *Texaco-Calasiatic c/ Gouvernement Libyen* (1977). Ce contrat contenait une *clause d'intangibilité* : « le Gouvernement prendra toutes les mesures nécessaires [...] à l'effet de garantir à la Compagnie, la jouissance de tous les droits à elle conférée par la présente concession. Les droits contractuels expressément créés en vertu de la présente concession ne pourront être modifiés sans le consentement des parties », et une *clause de stabilisation* : « tant qu'elle demeurera en vigueur, la présente concession sera interprétée conformément à la loi sur les

²⁰⁵² P. WEIL, « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » in. *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, A. Pédone, 1974, spéc. p. 308. V. aussi : C. TITI, préc.

²⁰⁵³ P. DE VAREILLES-SOMMIERES, A. FEKINI, « Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye - Problèmes choisis (1^{ère} partie) », *Clunet*, n°1, Janv. 2008, doct. 1, n°19.

²⁰⁵⁴ P. WEIL, préc., p. 308.

²⁰⁵⁵ C. TITI, préc.

pétroles et aux règles en vigueur à la date de la signature de l'accord [...] Aucune modification ou abrogation desdits règlements n'affectera les droits contractuels de la Compagnie sans son consentement »²⁰⁵⁶. Un autre exemple de clause de stabilisation (couplée à une clause de la nation la plus favorisée) peut être tiré du fameux contrat conclu en 2008 entre *China Railway Group Limited / Sinohydro Corporation* et la République démocratique du Congo²⁰⁵⁷ : « sans préjudice des avantages acquis dans le cadre de la présente Convention de Collaboration, la JV [*joint-venture*] Minière et l'entrepreneur chargé d'infrastructure bénéficieront des avantages résultant de toutes les nouvelles dispositions légales et réglementaires qui seraient ultérieurement prises par le Gouvernement congolais ou des conventions que celui-ci viendrait à conclure avec d'autres investisseurs. Néanmoins, toutes nouvelles dispositions légales et réglementaires apportant des désavantages à leur égard ne leur seront pas appliquées »²⁰⁵⁸. La même convention comporte également une *clause d'intangibilité* stipulant que « le Gouvernement congolais s'engage à ne jamais, en aucun cas, s'approprier, nationaliser, ni exproprier, directement ou indirectement, la JV minière ainsi que son patrimoine »²⁰⁵⁹.

562. Un mécanisme à relativiser – La pratique des clauses de stabilisation ou d'intangibilité demeure néanmoins controversée²⁰⁶⁰, en ce qu'elle confronte le pouvoir conventionnel de

²⁰⁵⁶ Cf. G. COHEN-JONATHAN, « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen (Sentence au fond du 19 janvier 1977) », in *Ann. fr. de dr. international*, vol. 23, n°1, CNRS, 1977, p. 452 et s., spéc. p. 474.

²⁰⁵⁷ « Chine/RDC : le "contrat du siècle" » in *Le Monde diplomatique*, février 2011.

²⁰⁵⁸ Article 14.4 « De la législation ultérieure ». Nous soulignons.

²⁰⁵⁹ Article 15.2 (in. « Garanties du Gouvernement congolais contre les risques politiques »).

²⁰⁶⁰ La pratique de la stabilisation peut se révéler injuste lorsqu'elle consiste à lier des Etats souvent en position de faiblesse afin d'octroyer des garanties de prévisibilité à de puissants groupes industriels, en obérant de ce fait sur le long terme leurs capacités de progrès sociaux, environnementaux, ou en matière de respect des droits de l'Homme (de fait, de telles clauses se retrouvent essentiellement dans les contrats conclus avec des Etats sous-développés ou en voie de développement désirant assurer une attractivité de leurs ressources minières, pétrolières ou gazières en attirant des investisseurs qui seraient sinon susceptibles de se tourner vers des pays plus sûrs, qui eux ne ressentent pas le besoin de se lier de la sorte. Cf. D. NIANG, S. BILOUNGA, « La reconnaissance et l'efficacité des clauses de stabilisation dans les contrats miniers », in *Rev. jur. et fisc. d'Afr. Francophone*, n°3, mars 2015, p. 2, qui citent les pays membres de l'O.H.A.D.A., à l'inverse de l'Arabie Saoudite ou du Nigeria qui bénéficient de ressources plus importantes ; V. aussi C. TITI, préc., pour qui « les pays développés ne concluent guère des contrats visant ou promettant une immunité législative quelconque »). Dans son rapport de 2009 le Représentant spécial du Secrétaire général en charge des droits de l'Homme relevait justement à propos des clauses visant à contraindre le pouvoir normatif des Etats hôtes d'investissements étrangers dans le sens d'une stabilité : « L'expérience récente montre cependant que certaines garanties d'accords et dispositions contractuelles peuvent limiter de façon indue l'aptitude du pays hôte à réaliser ses objectifs légitimes de politique publique, y compris le respect de ses obligations internationales en matière de droits de l'homme. Usant de la menace d'un recours à l'arbitrage international contraignant, un investisseur étranger peut en effet parvenir à mettre son entreprise à l'abri de lois ou de règles nouvelles, ou chercher à obtenir du gouvernement une contrepartie s'il accepte de s'y plier ». Citant à la suite un projet d'accord-type élaboré par la Norvège en vue justement de pallier les possibles interférences des accords d'investissement avec l'exercice légitime par l'Etat de son pouvoir normatif, le rapport remarque que ce projet vise à « faire en sorte que le droit légitime de l'État de réglementer l'action des investisseurs ne soit pas limité par un accord

l'Etat de s'obliger en tant que partie à un contrat, et son pouvoir normatif souverain qui se trouverait par-là limité. Il convient également de tempérer l'enthousiasme que peuvent susciter ces pratiques sur le plan de la prévisibilité : leur rôle dans l'établissement d'un environnement juridique sécurisé demeure très discuté.

D'une part en effet, l'on constate que de telles clauses n'empêchent pas de fait l'Etat d'exercer sa puissance souveraine lorsqu'il l'estime nécessaire. Plus encore, certaines décisions arbitrales ont parfois admis la possibilité de nationaliser alors même que de telles clauses avaient été stipulées, notamment lorsque leur formulation n'était pas assez précise. Ainsi l'arbitre déclarait-il dans la sentence *Aminoil c/ Koweït* : « sans aucune doute les limitations contractuelles du droit de l'Etat de nationaliser sont juridiquement possibles, mais cela impliquerait un engagement particulièrement grave qui devrait être expressément stipulé et qui devrait se conformer aux règles régissant la conclusion d'un contrat avec un Etat, et en règle générale, elle ne devrait concerner qu'une période relativement limitée »²⁰⁶¹. C'est dire finalement que *de telles clauses ne valent que tant que dure la bonne volonté de l'Etat...*

En outre, sur le plan de la prévisibilité, si action sur le risque exogène il y a, c'est bien plus par le biais de la contrainte acceptée par son principal auteur – l'Etat – qui est aussi l'une des parties à l'accord, que par une action préventive directe des contractants sur des circonstances qui leur seraient réellement extérieures. Les clauses d'intangibilité ou de stabilisation apparaissent alors plus proches des techniques de renforcement de la prévisibilité du risque interne que de véritables techniques de prévention du risque extérieur. A la limite, si l'on accepte de considérer la nature duale de l'Etat contractant, tout à la fois partie au contrat, et incarnation de la souveraineté disposant du pouvoir normatif, les clauses de stabilisation devraient être distinguées des clauses d'intangibilité : celles-ci visant seulement à garantir la prévisibilité du comportement de l'Etat en tant que partie contractante, en s'assurant qu'il

d'investissement. Le droit de réglementer doit cependant être mis en balance avec le souhait des investisseurs concernant la *prévisibilité*, les garanties légales, les critères minimum applicables aux actes de l'Etat et la possibilité d'être indemnisé en cas d'expropriation». Le rapport pointe néanmoins la grande différence de pratique existant entre les pays membres de l'O.C.D.E et ceux qui ne le sont pas : dans le premier cas, aucune clause « n'exonère les investisseurs de l'application de nouvelles lois et à quelques exceptions près, les clauses de stabilisation sont adaptées afin de préserver les considérations d'intérêt public », alors que dans le second (et tout spécialement dans les pays d'Afrique sub-saharienne), « la plupart des accords [...] contenaient eux des clauses exonérant les investisseurs du respect de nouvelles lois environnementales et sociales ou assuraient une contrepartie s'ils se pliaient à ces lois » (cf. *Rapport du Représentant spécial du Secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, « Les entreprises et les droits de l'Homme : vers une traduction opérationnelle du cadre Protéger, respecter et réparer », A/HRC/11/13, 22 avril 2009, trad. française, n°30 et s.).

²⁰⁶¹ *Sentence Aminoil c/ Koweït (24 mars 1982)*. Cf. G. BURDEAU, « Droit international et contrats d'Etat, la sentence AMINOIL contre Koweït du 24 mars 1982 », in *Ann. fr. de dr. international*, vol. 28, n°1, CNRS, 1982, p. 454 et s., spéc. p. 468. V. aussi *Liberian Eastern Timber Corporation c/ Republic of Liberia* (5 septembre 1986).

n’usera pas de son pouvoir normatif pour porter modifier ou résilier unilatéralement le contrat²⁰⁶², quand celles-là visent plus généralement à *geler* – en anglais : *freezing clause* – le droit dans l’état dans lequel il se trouvait au moment de la conclusion du contrat. Les clauses d’intangibilité seraient alors plus des mécanismes d’aggravation conventionnelle de la prévisibilité interne²⁰⁶³, quand les clauses de stabilisation, visant exclusivement la capacité normative de l’Etat et donc son rôle dans l’élaboration et la modification du contexte juridique pourraient être vues plus facilement comme des mécanismes de prévention d’un risque externe, puisque contraignant l’Etat dans des prérogatives extérieures à sa stricte qualité de contractant.

563. Conclusion de la sous-section 1 relative à l’opportunité de l’adaptation – Il apparaît que pour comprendre et orienter le processus psychologique conduisant les parties à adapter le niveau de prévisibilité qui résulte des mécanismes légaux de prévention du risque, il faut tenir compte de deux séries de considérations : d’une part le *risk appetite* qui commande le rapport au risque dans chaque convention ; d’autre part *les conditionnements tenant au risque lui-même*, et qui rendent plus ou moins possible une régulation de type conventionnelle. Le croisement de ces deux ensembles de facteurs va permettre de formaliser le choix pour la technique la plus pertinente d’adaptation du risque.

Sous-section 2 : Les techniques d’adaptation

564. Introduction – La technique contractuelle offre une diversité sans pareille de clauses par lesquelles les parties vont adapter, en considération de leur appétence au risque, la prévisibilité de leur convention par rapport à la régulation légale de base offerte par le droit positif. Il est possible de proposer une typologie des techniques contractuelles, fondée d’une part sur la *nature* de l’acte juridique par lequel les parties vont adapter la prévisibilité de leur relation contractuelle : soit que celui-ci soit dédié à la prévisibilité à titre principal, soit que l’acte principal portant sur un autre objet, il se trouve assorti de clauses accessoires venant en sécuriser l’exécution (§1) ; et d’autre part sur la *fonction* dévolue à l’acte juridique, qui

²⁰⁶² C. TITI, préc.

²⁰⁶³ M. WEIL, relève ainsi que les clauses d’intangibilité visent seulement à « pallier les inconvénients résultant pour l’investisseur de l’exercice éventuel par l’Etat hôte de prérogatives de puissance publique en matière contractuelle », et ne concernent de ce fait que les prérogatives dont il dispose dans le cadre contractuel (P. WEIL, préc., p. 307-308).

procèdera soit par prescription, soit par simple incitation de l'avenir contractuel à se déterminer dans le sens souhaité (§2).

§1 : Nature de l'acte de prévisibilité

565. Une prévisibilité à titre principal ou accessoire – Un auteur propose de distinguer deux catégories parmi les clauses qui composent l'*instrumentum* : « il y a d'abord les clauses qui sont propres à la convention conclue. Elles ont trait à l'objet du contrat (la détermination de la chose, ou de la prestation attendue), au prix (sa détermination, les éventuels délais de paiement, etc.), aux conditions particulières de son exécution (délai, etc.). Elles peuvent être qualifiées de *principales* et leur précision doit être grande. Il y a ensuite des clauses qui peuvent être qualifiées de *secondaires*. Elles ne sont pas propres à la convention envisagée mais peuvent au contraire se retrouver dans de nombreux contrats. Elles sont en réalité ce que l'on appelle des clauses de style, impersonnelles et réutilisables d'un contrat à l'autre [...] : elles sont relatives à la responsabilité, aux pénalités pour retard ou inexécution, au dédit, aux garanties, etc. »²⁰⁶⁴. Cette distinction permet d'ores et déjà de poser un premier élément de catégorisation des actes juridiques dédiés à la prévisibilité : ils prendront habituellement la forme de *clauses* qui, au sein d'une convention ayant un objet principal quelconque, viseront à en assurer l'exécution de façon plus ou moins prévisible.

Mais le droit des contrats connaît un certain nombre d'actes juridiques dont l'objet *principal* consiste à assurer la prévisibilité au bénéfice des parties. Ce n'est donc pas une prévisibilité venant accessoirement se greffer sur un acte juridique, *mais un acte juridique à part entière, autonome, structurellement dédié à la prévisibilité*. L'exemple de la convention d'arbitrage peut être sollicité pour saisir cette distinction : une même fonction pourra en effet être assurée par un même acte juridique, mais pouvant prendre deux formes différentes : le *compromis* sera une convention d'arbitrage conclue à titre principal (quoi qu'à l'occasion d'un litige déjà né ou anticipé), alors que la *clause compromissoire* viendra, *au sein d'une convention dédiée à un objet quelconque*, anticiper les modalités de règlement d'éventuels conflits à venir survenant à l'occasion de l'exécution de cet objet principal²⁰⁶⁵.

566. Annonce du plan – Les clauses destinées à adapter la prévisibilité légale de base pourront donc prendre deux formes. Elles pourront être, c'est l'hypothèse la plus classique,

²⁰⁶⁴ J. JULIEN, *op. cit.*, n°207, p. 269.

²⁰⁶⁵ Cf. W. DROSS, *op. cit.*, V° *clause compromissoire*.

des clauses accessoires à une convention principale qu'elles auront pour fonction de protéger des risques (A). Mais il sera également possible d'envisager l'existence d'actes juridiques dédiés en tant que tels, à *titre principal*, à la prévention des risques et à la sécurisation d'une relation contractuelle (B).

A) Les clauses accessoires de prévisibilité

567. Clauses négociées et clauses standardisées – L'hypothèse la plus classique de la mise en œuvre conventionnelle de la prévisibilité contractuelle consiste à adjoindre aux stipulations principales du contrat, des clauses accessoires dont l'objet n'est que de rendre prévisible l'exécution de la relation contractuelle nouée. Celles-ci pourront être des clauses négociées : les parties vont alors élaborer au cas par cas un ensemble de stipulations destinées à anticiper les risques contractuels, en particulier à des fins de prévention. Un auteur définissait ainsi la clause pénale comme « un contrat unilatéral et *accessoire* créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale [...] »²⁰⁶⁶. Pourtant, le développement contemporain du phénomène des contrats d'adhésion, autant que la globalisation des échanges commerciaux, rend nécessaire une certaine standardisation de ces clauses. Ce phénomène doit être souligné car il emporte des effets non négligeables sur la prévisibilité contractuelle.

568. Un mouvement général de standardisation dans le droit commercial – La pratique du commerce international a conduit de longue date à un recours de plus en plus fréquent à des instruments contractuels et juridiques standardisés. L'on peut assimiler ce mouvement – ancien – à celui de la globalisation des échanges dont il est la conséquence directe. Les nécessités du commerce ont de tout temps entraîné une recherche de sécurité de la part des opérateurs économiques, laquelle passe par des entreprises d'unification des règles²⁰⁶⁷ : le développement de la *lex mercatoria*²⁰⁶⁸, usages commerciaux unifiés, dans l'ensemble de l'Europe accompagnant le développement des échanges dès le Moyen-âge en est une illustration. L'entreprise d'unification est globale et porte tant sur le droit matériel (au niveau

²⁰⁶⁶ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, p. 396, n°705.

²⁰⁶⁷ Pour des exemples : J-M MOUSSERON, « *Lex mercatoria* : bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? », in. *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, PUSS, 1996, p. 473 et s. (à propos de la codification des usages du commerce international).

²⁰⁶⁸ V. entre autres : B. GOLDMAN, « Frontières du Droit et *lex mercatoria* », *APD* 1968.177 ; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, LGDJ, coll. Bibl. dr. pr., 1992 ; Ph. KHAN, « La *lex mercatoria* : point de vue français après quarante ans de controverse », *Rev. dr. McGill*, 1992, vol. 37, p. 413.

régional²⁰⁶⁹ comme international²⁰⁷⁰), que sur certains processus commerciaux²⁰⁷¹, ou sur les instruments contractuels eux-mêmes, notamment à travers la standardisation des clauses en usage dans les contrats commerciaux.

569. Les Incoterms²⁰⁷² – Publiés par la Chambre de Commerce internationale, les *International commercial terms* sont une codification des obligations de chacune des parties (notamment concernant la livraison des marchandises, et la répartition des frais et des risques entre les contractants) dans les contrats de vente internationale (ou nationales) de marchandises : « termes commerciaux, condensant en une formule aussi courte que possible les conditions les plus usuelles en matière de vente internationale) »²⁰⁷³. L'intérêt de l'adjonction d'un *Incoterm* dans le contrat est de se référer à un instrument standardisé²⁰⁷⁴ faisant l'objet d'une interprétation unifiée. Sur le plan de la prévisibilité l'utilisation d'un *Incoterm* permet de prévenir toute survenance d'une perturbation imprévisible quant au transfert des risques de la chose d'une part, et quant à la répartition des coûts d'autre part.

En premier lieu : quant au transfert des risques. Chaque *Incoterm* porte une modalité spécifique de transfert des risques de la chose, qu'il conviendra de maîtriser dans la mesure où ce risque pèsera plus ou moins longtemps sur le vendeur en fonction de l'*Incoterm* choisi. Ainsi, le risque pèsera le plus longtemps sur le vendeur en cas de clause *Delivered at place* (DAP) ou *Delivered duty paid* (DDP), ou dans une moindre mesure *Delivered at terminal* (DAT) : les marchandises seront livrées au lieu terminal (DAT), ou au lieu de destination prêtes à être déchargées, *le transfert des risques s'opérant à ce moment sur l'acheteur*. A l'inverse la stipulation d'une clause *Carriage and insurance paid to* (CIP), *Carriage paid to* (CPT), *Free carrier* (FCA), ou *a fortiori* d'une clause *Ex works* (EXW) *réduira au minimum le risque de la chose pesant sur le vendeur* puisqu'il s'en trouvera déchargé lors de la remise au transporteur, voire dès la sortie d'usine (pour l'*Incoterm* EXW).

En second lieu : quant à la répartition des coûts. Le choix d'un *Incoterm* conditionne également la répartition des coûts du contrat – ceux occasionnés par la livraison notamment – entre le vendeur et l'acheteur : frais de chargement et de transport, assurance, frais afférant

²⁰⁶⁹ V. par ex. les *Principes de droit européen des contrats*.

²⁰⁷⁰ V. par ex. la *Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*.

²⁰⁷¹ On citera par exemples les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* (R.U.U 600-2007), les normes ISO, etc.

²⁰⁷² « *International commercial terms* », la dernière version a été publiée par la CCI en 2010 et comprend onze termes.

²⁰⁷³ V. HEUZÉ, « La vente internationale de marchandises, droit uniforme », in. J. GHESTIN [s. la dir.], *Traité des contrats*, 2000, LGDJ, n°255.

²⁰⁷⁴ V. EGEA, « Vente maritime », in. *Rép. dr. int.*, Dalloz, janv. 2016, n°23.

aux formalités d'import-export, règlement des taxes et droits de douane. Autrement dit l'accord sur la chose et sur le prix ayant été formalisé, un même contrat sera susceptible de présenter un risque plus ou moins important de *surcout* à la charge de l'une ou l'autre des parties, soit à déduire du bénéfice brut par le vendeur, soit à ajouter au prix net pour l'acheteur. La plupart du temps, répartition des risques, des coûts et des frais d'assurance sont corrélés (clauses EXW, FCA, DAT, DDP, DAP, FAS²⁰⁷⁵, FOB²⁰⁷⁶), mais dans certains cas ils différeront. Ainsi de la clause *Cost and Freight* (CFR), propre au transport maritime, où le transfert des risques s'opère lors de la livraison à bord du bateau *dans le port d'embarquement*, mais où le vendeur assume les frais de chargement et de transport ainsi que des formalités d'export *jusqu'au port de destination*. Ou encore de la clause CPT où le vendeur assume les risques et paie les assurances *jusqu'à la remise au premier transporteur*, mais assume les frais du transport maritime *jusqu'au port de destination*. Il est à noter que deux clauses (CIP et CIF²⁰⁷⁷) opèrent une dissociation entre le transfert des risques à l'acheteur et la persistance de la prise en charge de l'assurance perte et dommage aux frais du vendeur, ce qui peut sembler une répartition quelque peu bancale...

570. Avantages et inconvénients de la standardisation – Il est vrai que de tels instruments permettent d'unifier et d'objectiver le « langage contractuel ». Ils constituent de ce point de vue un apport considérable à la prévisibilité des relations contractuelles, en permettant de prévenir les risques pouvant résulter notamment de la disparité des pratiques contractuelles dans les relations commerciales internationales, de pallier l'impossible maîtrise par les opérateurs économiques de l'ensemble des cultures juridiques pouvant se rencontrer dans leurs zones d'investissements, et d'offrir la garantie d'une approche unifiée du phénomène contractuel entre les différentes parties. Pourtant, le recours à ces instruments standardisés n'est pas sans inconvénients du point de vue de la prévisibilité. Ainsi, ils supposent d'une part une maîtrise de la langue d'élaboration, à savoir l'anglais, afin d'éviter de mauvaises surprises à l'issue d'une négociation où les implications de l'*Incoterm* sur lequel se seraient accordées les parties n'auraient pas été réellement saisies... D'autre part, ils peuvent aussi être vus *a contrario* comme un facteur d'appauvrissement de la technique contractuelle²⁰⁷⁸, en même temps que leur généralité pourra en outre les rendre moins efficaces que des clauses ou instruments élaborés « sur mesure » en résultat d'un processus de négociation ou *a minima*

²⁰⁷⁵ *Free alongside ship* (franco le long du navire).

²⁰⁷⁶ *Free on board* (franco à bord).

²⁰⁷⁷ *Cost, insurance and freight* (coût, assurance et fret).

²⁰⁷⁸ La même critique est récurrente à l'encontre du phénomène des contrats d'adhésion.

d'une analyse personnalisée des risques²⁰⁷⁹. S'il conviendra d'en tenir compte pour ce qu'ils peuvent apporter de positif à la mise en œuvre nécessaire d'un principe de prévisibilité gouvernant les relations contractuelles, leur usage ne saurait empiéter totalement sur le domaine incompressible de la négociation et de la rédaction au cas par cas de l'*instrumentum*. En effet *la standardisation n'est pas en elle-même une garantie d'absence de tout risque*. Un seul exemple pour s'en convaincre : une vente CIF (*Cost, insurance, and freight*) verra le transfert des risque vers l'acheteur opéré dès la livraison des marchandises à bord du bateau dans le port d'embarquement, mais l'assurance est prise aux frais de l'exportateur jusqu'au port de destination. L'importateur pourra se croire à l'abri en raison de l'obligation d'assurance souscrite par l'exportateur, mais celui-ci ne sera-t-il pas tenté d'assurer au strict minimum la marchandise qui ne voyage de toute façon pas à ses risques et périls ?...

Enfin, le choix de l'*Incoterm* peut être lui-même une source de risque non négligeable dans la mesure où il devra être effectué en tenant compte *de sa compatibilité avec les autres paramètres essentiels du contrat* que sont notamment la technique de paiement retenue²⁰⁸⁰ et la réglementation douanière²⁰⁸¹. A défaut, une incompatibilité ferait resurgir le risque d'une interprétation judiciaire ou arbitrale...

B) Les actes autonomes de prévisibilité

571. Annonce du plan – A côté des clauses dédiées à la prévisibilité mais qui restent accessoires à un acte juridique principal, il est possible d'envisager des actes juridiques dont c'est au contraire l'objet principal. Ces actes sont alors autonomes, et l'on distinguera ceux qui permettent d'imposer une prévisibilité (1) et ceux au contraire où celle-ci est le fruit d'une négociation préalable (2).

²⁰⁷⁹ Une critique semblable peut être faite à la standardisation « paresseuse » des conditions générales de ventes : certaines entreprises auront la tentation de s'éviter le recours à un professionnel du droit et recopieront purement et simplement les CGV d'une autre entreprise à l'activité proche (V. sur cette question : F-X TESTU, *op. cit.*, n°00.07). Outre que cela constitue un acte de parasitisme économique (Paris, 4^{ème} ch., sect. A, 24 septembre 2008, *Vente Privée.com c/ Kalypso* ; T. com. Paris, 15^{ème} ch., 22 juin 2012), les conséquences peuvent être également lourdes sur le plan contractuel dans la mesure où certaines clauses pourront se révéler inadaptée, voire illicites.

²⁰⁸⁰ Dans la mesure où le choix de l'*Incoterm* va conditionner les documents qui seront requis au titre du crédit documentaire. Ainsi tous les *Incoterms* qui mettent le transport principal à la charge de l'importateur seront inadaptés en cas de paiement par crédit ou remise documentaire.

²⁰⁸¹ La valeur douanière des marchandises va sensiblement varier en fonction du terme choisi. Ainsi en CIF ou CIP l'ensemble des coûts seront à la charge de l'exportateur et devront être inclus dans la valeur douanière jusqu'au déchargement du moyen de transport principal à l'arrivée exclusivement, alors que dans un contrat EXW, seuls les frais d'emballages à la charge du vendeur et devront être inclus dans la valeur en douane, le reste de celle-ci étant constituée de frais à la charge de l'importateur.

1. La prévisibilité imposée

572. Les conventions standardisées : l'exemple des contrats-types – Le recours à un contrat-type²⁰⁸² permettra au rédacteur d'acte de s'épargner le souci d'une recherche exhaustive des risques contractuels. Celle-ci est en quelque sorte préalablement arrêtée par catégorisation du contrat : les clauses étant alors adaptées à une évaluation objective des risques par types de contrats. Un auteur remarque en outre, pour le cocontractant, que le recours à cette standardisation « présente d'indéniables avantages, dont celui de la sécurité juridique. En effet, le consommateur est ainsi – en principe, et en tout cas c'est le vœu du législateur – à l'abri d'une présentation qui dissimulerait, ou tenterait de le faire, tel ou tel aspect important »²⁰⁸³. La même idée fonde évidemment le recours à des conditions générales de vente, d'achat ou d'utilisation. Cela explique que leur communication dans les contrats entre professionnels et consommateurs soit désormais obligatoire au titre de l'obligation d'information précontractuelle²⁰⁸⁴ et qu'elles constituent le « socle unique de la négociation commerciale »²⁰⁸⁵.

573. Un mécanisme novateur (...en droit des contrats) : l'action interrogatoire – Une autre figure d'actes permettant d'imposer une prévisibilité est apparue à l'occasion de la réforme du droit des contrats : l'action – ou interpellation²⁰⁸⁶ – interrogatoire. Ces mécanismes, prévus aux articles 1123 alinéa 3 et 4 (en matière de pacte de préférence), 1158 (en matière de représentation) et 1183 (en matière d'existence d'une nullité relative) du Code civil constituent une figure atypique (en droit des contrats du moins²⁰⁸⁷) d'acte juridique principalement dédié à la prévisibilité contractuelle : en effet cette action est « destinée à lui

²⁰⁸² V. entre autres, en matière de sous-traitance : S. ABBATUCCI, « Sous-traitance », *in. Rép. dr. comm.*, Dalloz, 2016 (à jour : sept. 2017), n°235 et s. Il existe un phénomène semblable, quoique distinct (J. JULIEN, *op. cit.*, n°198, p. 261) en droit de la consommation avec des modèles de contrats (contrats de crédit à la consommation, contrat de location de logement à usage de résidence principale, etc.) qui sont proposés par le code de la consommation.

²⁰⁸³ J. JULIEN, *op. cit.* n°198, p. 262.

²⁰⁸⁴ Elle l'était du reste déjà en matière de commerce en ligne : V. l'ancien article 1369-4 du Code civil. La communication des CGV demeure néanmoins facultative dans les contrats entre professionnels : le cocontractant peut néanmoins demander à ce qu'elles lui soient communiquées (Article L. 441-6 I du code de commerce. V. par ex. : Com., 13 février 1990, n°88- 11889), et le refus de le faire est considéré comme une pratique restrictive de concurrence (article L. 442-6-I 9° du code de commerce). A propos de l'article L. 114-1 du code de la consommation V. not. : J. JULIEN, *op. cit.*, n°203, p. 266.

²⁰⁸⁵ Article L. 441-6 I alinéa 3 du code de commerce. Sur ce sujet V. : L. et J. VOGEL, *op. cit.*, p. 19 et s.

²⁰⁸⁶ H. CROZE, « Une vision procédurale de la réforme du droit des obligations », *Rev. Procédures*, avr. 2016, étude n°, n°11 ; A. BENABENT, « Les nouveaux mécanismes », *in. La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* 2016 (hors-série), p. 17 et s. ; F. CHENEDE, *op. cit.*, n°22.143, 23.35 et 23.431.

²⁰⁸⁷ V. par ex. l'article 771 du Code civil relatif à la sommation adressée à l'héritier qui tarde à opter.

donner d'avantage de certitude et de sécurité vis-à-vis du pacte de préférence »²⁰⁸⁸, « lever ses doutes »²⁰⁸⁹, soit enfermer l'incertitude dans un certain délai durant lequel le risque est admis à jouer, et au terme duquel il est expulsé du champ des anticipations au profit d'une certitude. Les délais prévus diffèrent cependant : délai « raisonnable » fixé par l'auteur de l'interrogation dans les deux premiers cas²⁰⁹⁰, délai légal de six mois dans le cas de l'action interrogatoire en matière de nullité.

L'action interrogatoire semble *a priori* être un mécanisme permettant de mettre fin à une imprévisibilité en imposant à l'« interrogé » de mettre fin lui-même à l'incertitude de la situation ; à défaut celle-ci se trouvera supprimée autoritairement par le biais d'un mécanisme de purge (article 1123 alinéa 4) ou de confirmation (articles 1158 alinéa 2 et 1183 alinéa 2). Des auteurs ont pu parler à ce propos de « violence faite à un droit puisqu[e l'action] permet à un tiers de forcer une personne titulaire d'une faculté d'option ou d'un droit de contestation de prendre parti, en passant outre le délai qui lui est normalement donné pour cela »²⁰⁹¹. Pourtant, si l'action interrogatoire ouverte en matière de représentation (article 1158 du Code civil), ne semble pas susciter de critiques du point de vue de la prévisibilité²⁰⁹², l'action prévue en matière de pacte de préférence (article 1123 du Code civil) et celle visant à purger une cause de nullité (article 1183 du Code civil) apparaissent critiquables...

574. Caractère inopportun de l'action interrogatoire en matière de pacte de préférence – La prévisibilité assurée par le mécanisme de l'action interrogatoire butte, en ce qui concerne l'existence d'un pacte de préférence, sur l'existence d'une éventuelle *clause de confidentialité* qui l'assortirait. L'auteur de l'interrogation se trouverait alors dans une position délicate, croyant légitimement en l'absence de risque de remise en cause du contrat qu'il s'apprête à conclure, alors même que le tiers se trouverait conventionnellement dans l'impossibilité de dissiper ses doutes. Si le projet de 2015 avait intégré cette difficulté²⁰⁹³, le texte final de l'ordonnance élude la difficulté. Or, sur le plan de la prévisibilité, celle-ci est majeure. En effet, contraindre le bénéficiaire du pacte à en révéler l'existence nonobstant la clause de

²⁰⁸⁸ T. DOUVILLE (s. la dir.), *op. cit.*, p. 68 ; V. aussi : N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 22.

²⁰⁸⁹ *Idem*, p. 84. V. aussi le *Rapport au Président de la République* « l'ordonnance introduit [...] des solutions innovantes, qui permettront aux parties de mettre fin à une incertitude pesant sur le contrat [...] ».

²⁰⁹⁰ Le contrat n'étant en effet pas encore conclu, le délai devra être fixé en tenant compte du temps le plus adapté à sa conclusion, ce qu'elles seules peuvent mesurer.

²⁰⁹¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 144.

²⁰⁹² Cela ne signifie pas que ces mécanismes ne soient pas critiquables sous d'autres aspects. V. par ex. : A. BENABENT, *préc.*, p. 18 et s.

²⁰⁹³ Article 1125 alinéa 4 : « à défaut de réponse, le bénéficiaire du pacte de préférence ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni la nullité du contrat, à moins que le pacte ne contienne une clause de confidentialité ».

confidentialité reviendrait à violer l'article 1200 du Code civil qui impose aux tiers de respecter le contrat. A l'inverse, si, contraint par cette clause, il demeure taisant, il se trouve réputé avoir renoncé à l'exercice de son droit par voie de présomption au bénéfice du tiers, *ce qui reviendrait à le sanctionner pour avoir correctement exécuté le contrat* (en l'occurrence la clause de confidentialité contenue dans le pacte). Enfin, lui permettre de solliciter postérieurement la nullité du contrat, voire sa substitution, alors même qu'interrogé il était demeuré taisant, reviendrait à admettre que la loi puisse, en protégeant le pacte, créer un risque imprévisible au détriment de l'un des contractants, ce que le principe de prévisibilité exclut. Dès lors deux solutions demeurent : *soit interdire la stipulation de clauses de confidentialité dans les pactes de préférence*, ce qui semble difficile à justifier eu égard au principe de liberté contractuelle, *soit supprimer l'action interrogatoire en la matière*. Pour assurer la prévisibilité de la situation du tiers au pacte, il serait en revanche possible de compenser la suppression de l'action interrogatoire de l'article 1123 *par une publicité de celui-ci*²⁰⁹⁴. Cette mesure permettrait d'instaurer *une présomption irréfragable de prévisibilité* qui établirait la mauvaise foi du contractant à l'égard duquel le bénéficiaire demanderait la substitution. Les parties demeurant évidemment libres d'insérer une clause de confidentialité en vertu du principe de liberté contractuelle, il ne serait alors possible dans ce cas pour le bénéficiaire que d'agir en dommages et intérêts contre le promettant, ce qui serait de nature à assurer la prévisibilité de la situation du tiers contractant *dont la bonne foi serait alors présumée de façon tout aussi irréfragable*. La confidentialité du pacte devrait alors faire l'objet d'une pesée en termes de coût/avantage par le bénéficiaire : non dénuée d'intérêt dans certaines circonstances, elle emporterait néanmoins un risque plus important dans la mesure où elle ne laisserait espérer qu'une réparation en numéraire en cas de violation du pacte.

2. La prévisibilité négociée

576. Les conventions négociées : l'exemple de la formalisation des pourparlers – Aux termes de l'article 1112 alinéa 1 du Code civil, « l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles [...] doivent satisfaire aux exigences de la bonne foi ».

²⁰⁹⁴ Pour une proposition en ce sens : G. PILLET, « Pacte de préférence », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, oct. 2016, n°83.

Néanmoins, les parties demeurent libres d'adopter un renforcement conventionnel du cadre légal, en formalisant leurs discussions dans les termes d'un accord préparatoire²⁰⁹⁵.

Les parties peuvent en effet conclure un accord permettant de doter leurs discussions d'un cadre conventionnel. C'est ce que l'on désigne souvent sous le terme générique d'*accords de négociation*, qui recouvre diverses réalités en fonction de l'objet sur lequel ils portent. Ils sont à distinguer des *avant-contrats* (qui eux engagent déjà à la conclusion du contrat définitif²⁰⁹⁶). Les accords de négociation présentent un grand intérêt : orientés vers le processus de conclusion, et non vers le contenu du contrat, ils ont trait spécifiquement à la prévisibilité, alors que les avant-contrats sont déjà, eux, instrument de prévision. Ils « encadrent certes plus ou moins fermement la négociation, mais ils ne confèrent à l'une ou l'autre des parties aucun droit de créance à la conclusion du contrat projeté »²⁰⁹⁷. Tout comme pour les simples pourparlers, l'incertitude demeure quant au dénouement : il s'agit seulement d'emménager la négociation *en renforçant les devoirs comportementaux pesant sur les parties* qui, transformés en obligations contractuelles, pourront de ce fait être sanctionnés en cas de non-respect par le jeu des articles 1231 et suivants du Code civil, dont le régime probatoire est plus favorable. Cette « différence catégorique avec les avant-contrats »²⁰⁹⁸ *permet de situer sans ambiguïté les contrats de négociation dans une perspective de prévisibilité plus que de prévision*. Trois principales figures contractuelles émergent en particulier, non sans certaines ambiguïtés, y compris jusqu'aux décisions rendues en la matière²⁰⁹⁹. Ainsi trouve-t-on parfois regroupées sous l'appellation générique d'avant-contrats, des réalités aussi diverses que le pacte de préférence, la promesse de contrat ou l'accord de principe²¹⁰⁰. Ils se distinguent néanmoins dans la recherche d'une prévisibilité, soit qu'ils l'obtiennent à titre incident, soit qu'ils la visent à titre principal.

577. Les accords de prévision – Il est d'abord des actes qui ne visent pas à titre principal à assurer la prévisibilité de la période contractuelle, mais emportent néanmoins *indirectement* un effet sur le risque personnel en arrêtant définitivement la volonté de l'une ou de l'ensemble des parties sur un contenu précis, ce qui en constitue l'élément caractéristique.

²⁰⁹⁵ V. par ex. : P. MOUSSERON, « Cession de contrôle », *in. Rép. dr. soc.*, Dalloz, 2016, n°30, qui décrit les degrés très divers que peut revêtir la lettre d'intention, jusqu'à devenir un véritable contrat-cadre.

²⁰⁹⁶ J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M SERINET, *op. cit.*, n°713, p. 516.

²⁰⁹⁷ *Idem, ibid.*

²⁰⁹⁸ *Idem, ibid.*

²⁰⁹⁹ V. par exemple : Paris, 15 mai 2014, n°12/14941.

²¹⁰⁰ V. not. : F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988 ; I. NAJJAR, « L'accord de principe », *D.1991.57* ; C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 253 et s. qui distingue les « contrats de négociation » des promesses de contrat.

Ainsi en va-t-il de la *promesse unilatérale* qui, aux termes de l'article 1124 du Code civil, est « le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire ». Quant à la promesse synallagmatique de contrat il s'agit en réalité du contrat définitif conclu sous la condition de survenance d'un événement précis. Ces deux types d'accords, contrairement à ce que pourrait donner à penser leur caractère extrêmement contraignant, n'ont cependant *qu'un effet incident sur la prévention du risque personnel*. Il ne s'agit pas ici de tempérer la liberté en obligeant à adopter un comportement prévisible : *il n'y a plus, en effet, de liberté*, et le risque personnel se trouve purement et simplement annihilé, puisque la volonté est désormais arrêtée sur un contenu précis et n'est donc plus, en théorie, susceptible de varier, en raison du principe de force obligatoire. Seul subsiste éventuellement un risque externe dans le cas des contrats conditionnels consistant dans la réalisation de la condition. Le consentement étant figé, l'éventuelle discordance entre le signifiant et le signifié est dépassée. Cela n'empêchera pas, évidemment, que la promesse puisse être violée par un contractant indélicat, mais il conviendra alors d'en tirer toutes les conséquences sur le plan de la sanction, non sur le fondement de la bonne foi précontractuelle, *mais sur celui de la force obligatoire du contrat conclu*, et non plus seulement envisagé...

578. Les accords de prévisibilité – A l'inverse de la catégorie précédente, il s'agit des accords visant à *titre principal la sécurisation de la période précontractuelle* : ils préviennent toute réalisation d'un risque personnel en fixant un cadre comportemental contraignant, fondé essentiellement sur un renforcement du devoir de bonne foi, qui s'épanouit ici sous la forme d'une obligation assurée sur la force obligatoire de l'article 1103 du Code civil. L'accord de principe en est évidemment la figure phare. N'emportant aucune obligation quant à la conclusion du contrat sur un contenu qui serait déterminé²¹⁰¹, il crée en revanche une

²¹⁰¹ L'accord de principe souffre d'un statut particulièrement ambiguë : il sera tantôt entendu comme « l'accord qui constate l'aboutissement sur les points fondamentaux du contrat », tantôt comme « l'accord qui trace la voie à la négociation » (B. BEIGNIER, préc., p. 466). Selon le doyen BEIGNIER, « l'accord de principe est tantôt les fondations, tantôt l'échafaudage » (*idem, ibid.*). C'est ce dernier aspect qui importe ici : la solidité et la fiabilité de l'échafaudage apparaissant indispensable à la réussite des travaux entrepris. Pour filer la métaphore, si l'échafaudage n'inspire pas confiance, si peut surgir à tout instant une faille dans sa sécurité, alors aucun ouvrier sensé n'acceptera d'y monter. Il en est de même de la phase de pourparlers. La conclusion d'un accord de principe conduira à assurer la prévisibilité du processus de négociations, et par là concourt à lui assurer les meilleures chances de succès. L'intérêt de l'accord de principe, pris au sens d'encadrement des négociations, et non comme protocole d'accord ou lettre d'intention, est alors « d'organiser la négociation, d'en formaliser et d'en contractualiser, par voie de conséquence, les obligations » (*idem*, p. 468).

obligation de résultat portant sur l'entrée en pourparlers²¹⁰², laquelle constitue l'élément caractéristique de l'accord de principe et participe dès lors de sa définition, ainsi qu'a pu le préciser de manière constante la jurisprudence, qui le définit comme un « contrat préliminaire par lequel les parties s'obligeaient à engager ou poursuivre de bonne foi la négociation des conditions d'un contrat futur »²¹⁰³.

Traditionnellement compris dans la catégorie des avant-contrats²¹⁰⁴ aux côtés des promesses de contrat, le pacte de préférence²¹⁰⁵ semble également pouvoir être rangé dans cette catégorie. L'article 1123 du Code civil le définit comme « le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle se déciderait de contracter ». La souplesse de la pratique fait qu'un tel accord peut revêtir une variété importante de formes, notamment dans la détermination du contenu du contrat pour lequel est accordée la priorité : le pacte peut ainsi être porteur d'une simple priorité dans la proposition du contrat dont les éléments restent à déterminer par le jeu de la négociation, comme comporter d'ores et déjà un certain nombre de précisions relatives à son contenu (par exemple le prix)²¹⁰⁶. L'élément caractéristique du pacte de préférence est le droit d'option qu'il confère au bénéficiaire, et par lequel le pacte est porteur, à titre principal, d'une obligation par laquelle le promettant contraint son comportement en vue de le rendre prévisible²¹⁰⁷. Antérieurement à la réforme, la jurisprudence avait parfois assimilé, de façon abusive, le pacte de préférence à la promesse unilatérale de contrat, y voyant une promesse

²¹⁰² C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 261.

²¹⁰³ Civ. 3, 7 octobre 1997 (96-10380). V. aussi : Chambéry, 14 mars 2000 : sa « finalité est de définir le cadre juridique des accords et [il] ne met à la charge de la partie qui s'engage que l'obligation de poursuivre loyalement les négociations ».

²¹⁰⁴ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°442.

²¹⁰⁵ V. not. : R. VOUIN, « Le pacte de préférence », *JCP G* 1954.I.1192 ; M. DAGOT, *Le pacte de préférence*, Litec, 1988 ; L. ROZES, « Pacte de préférence et notions voisines », *Dr. & patr.* 2006, n°144, (Actes du colloque : Pacte de préférence: liberté ou contrainte?, Toulouse, 2006).

²¹⁰⁶ V. not. sur la détermination facultative du prix dans le pacte de préférence : H. KENFACK, « *Pacte de préférence et condition potestative virtuelle* », note sous Civ.3, 15 janvier 2003, D.2003.1190.

²¹⁰⁷ V. également l'analyse que fait M. PIAZZON du pacte de préférence (« Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTDCiv.*2009.433 s., spéc. n°10). Réfutant comme « réductrice » la présentation traditionnelle qui en est faite par la doctrine, M. PIAZZON propose de voir dans la préférence accordée au bénéficiaire du pacte un « droit de contrôle sur la personne du cocontractant futur du promettant ». L'observation des hypothèses concrètes dans lesquelles sont conclus des pactes de préférence permet en effet de penser que l'objectif premier le plus souvent poursuivi par leurs bénéficiaires est de s'assurer un droit de regard sur le devenir des biens qui en sont l'objet, que ce soit aux fins de conservation des biens au sein d'une même famille (cf. M. NICOD, « Le pacte de préférence en droit de la famille », *Dr. & patr.*, janvier 2006.53), de contrôle par les actionnaires de l'entrée de nouveaux membres au capital de leur société, ou dans un bail commercial pour assurer au preneur un droit de regard sur l'identité de son futur bailleur. Mme le professeur SAINT-ALARY HOUIN souligne ainsi que « le bénéficiaire [du pacte] retire toujours une satisfaction concrète de l'opération, car il s'est prémuni contre le risque d'une aliénation à autrui » (C. SAINT-ALARY HOUIN, *Le droit de préemption*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 164, 1979, n°251). Cette conception du pacte de préférence va tout à fait dans le sens de la qualification proposée d'accord de prévisibilité, en ce qu'elle révèle la fin principale du pacte de préférence qui est de réduire le risque comportemental du promettant, plus que d'anticiper la conclusion du contrat lui-même.

unilatérale conditionnelle. Pourtant, il existe *une différence de finalité dont il résulte une différence de nature* : « dans le pacte, le débiteur de l'obligation de préférence ne s'est pas engagé à conclure le contrat définitif ; [...] alors que dans une promesse de vente, même simplement unilatérale, il est admis en doctrine que le promettant est en principe d'ores et déjà engagé à vendre »²¹⁰⁸. De fait, par exemple, aucune condition de capacité n'est requise pour la conclusion du pacte de préférence, qui suit le régime des actes d'administration²¹⁰⁹, alors que les promesses de contrat sont définies par le décret du 22 décembre 2008 comme des actes de disposition ne pouvant être consentis par le tuteur qu'avec autorisation du juge des tutelles.

579. Sanction du pacte de préférence – Le bénéficiaire d'un pacte de préférence pourra demander une indemnisation classique du préjudice que lui cause la conclusion du contrat avec un tiers par le promettant en violation du pacte, mais aussi poursuivre la nullité du contrat frauduleux, et voir prononcer sa substitution dans l'éventualité où il serait démontré que le tiers était de mauvaise foi²¹¹⁰ : la réforme du droit des contrats est d'ailleurs venue asseoir la solution qui prévalait en jurisprudence depuis 2006²¹¹¹. Si l'allocation de dommages et intérêts ne pose pas de difficulté, le mécanisme de la substitution est en revanche moins évident, dans la mesure où il pourrait s'apparenter à une exécution forcée du contrat objet du pacte à l'égard du bénéficiaire floué. Or cela semble venir contredire la nature de celui-ci comme étant essentiellement un accord de prévisibilité et non de prévision...

Celui qui va devenir le bénéficiaire se trouve en réalité confronté à deux aléas distincts. D'une part celui pesant sur *la possibilité de négocier le contrat donné*, aléa qui revêt une part plus ou moins importante d'*intuitu personae* : le titulaire du droit ne souhaite peut-être pas entrer en pourparlers, soit qu'il ne veuille pas céder son droit, soit qu'il ne veuille pas envisager cette possibilité avec cette personne en particulier. D'autre part, il existe un risque subséquent portant lui *sur la conclusion de ce contrat* : il est tout à fait envisageable que le titulaire du droit accepte d'en envisager la cession, et donc d'entrer en pourparlers, mais il n'est pas sûr qu'il accepte de céder son droit aux conditions qui lui seront proposées, et donc *in fine*, il est tout à fait possible que le premier aléa ayant été résolu positivement, le second le soit

²¹⁰⁸ H. KENFACK, « Validité du pacte de préférence », (Actes du colloque : *Pacte de préférence: liberté ou contrainte?*, Toulouse, 2006), *Dr. & patr.* 2006, n°144, p. 45.

²¹⁰⁹ *Idem*, p. 47.

²¹¹⁰ Article 1123 alinéa 2 du Code civil.

²¹¹¹ Ch. mixte, 26 mai 2006, Bull. ch. mixte, n°4 ; *JCP G* 2006.II.10142, note LEVENEUR ; *id.* I.176, obs. LABARTHE ; *D.*2006.1861, note GAUTIER ; *idem*, 1864, note MAINGUY ; *idem*, 2644, obs. FAUVARQUE-COSSON ; *RTDCiv.*2006.550, obs. MESTRE & FAGES ; *RDC* 2006.1080, obs. MAZEAUD. V. cependant en sens inverse : Civ.1, 4 mai 1957, Bull. civ. I, n°197.

négativement par un désaccord et un abandon du projet de contrat. Tout l'intérêt du pacte de préférence, en tant qu'accord de prévisibilité, est de supprimer le risque que fait peser sur la situation *l'existence du premier aléa* : une fois le pacte conclu, le bénéficiaire sait que si la cession du droit qu'il souhaite acquérir doit avoir lieu, elle lui sera proposée en priorité. Ainsi, « dès la conclusion du pacte, le promettant aliène [...] sa liberté de choisir son futur cocontractant »²¹¹². Mais un risque demeure : rien ne dit que les discussions permettront de parvenir à un accord. Or lorsque le promettant conclut avec un tiers, le deuxième aléa disparaît : *le promettant a bien la volonté de céder son droit à des conditions précises*. Il a consenti *au contrat* (certes avec quelqu'un d'autre), et non plus seulement aux négociations. Du point de vue du bénéficiaire, certes l'accord ne visait pas à supprimer tout risque de la relation, mais seulement celui pesant sur l'entrée en pourparlers, pour autant ceux-ci n'ont de sens que dans la perspective de parvenir à la conclusion du contrat, et donc de parvenir à la résolution positive du risque pesant sur celle-ci. Lorsqu'il conclut avec un tiers au mépris du pacte de préférence, le promettant prive le bénéficiaire non seulement des négociations souhaitées, mais encore de la chance de conclure le contrat pour le cas où, les négociations ayant été fructueuses, les volontés se seraient arrêtées sur un contenu commun. Ainsi, non seulement il sera possible au bénéficiaire de demander une réparation sous la forme de dommages et intérêts pour avoir réalisé un risque qui avait été circonvenu, mais aussi de poursuivre *sa substitution au tiers de mauvaise foi*, dès lors que les conditions sur lesquelles le promettant a donné son consentement l'agrément : il se trouve en effet placé, dès lors que le promettant a pris la décision de contracter²¹¹³, « dans la même situation que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale »²¹¹⁴.

580. La sanction des promesses de contrat par application du critère de prévisibilité – A l'inverse de la catégorie précédente, ces accords ne visent pas à organiser des pourparlers, mais sont *une préfiguration du contrat à venir*, auquel manque encore un élément essentiel, que ce soit le consentement de l'une des parties pour les promesses unilatérales, ou la réalisation d'une condition pour les promesses synallagmatiques. Le cas de la promesse

²¹¹² T. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTDCiv.*2009.433, n°21.

²¹¹³ B. THULLIER, note sous Ch. mixte, 26 mai 2006, *JCP N* 2006.1417, spéc.1, A, 1° : la substitution « n'oblige nullement le débiteur de la préférence à conclure un contrat dont il ne voulait pas puisque, par hypothèse, ce contrat il l'a conclu. La substitution ne lui impose pas un cocontractant indésirable puisque, en lui donnant la préférence, il l'a choisi ».

²¹¹⁴ J. GHESTIN et B. DESCHE, *La vente*, LGDJ, 1990, n°171. M. COLLART-DUTILLEUL développe lui aussi cette idée qu'« en proposant la vente à un tiers, le promettant fait *ipso facto* offre de vente au bénéficiaire » (*Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, n°417, v. aussi n°92 s.).

unilatérale fut longtemps l'objet de controverses²¹¹⁵ : si la jurisprudence avait pendant longtemps admis le caractère irrévocable du consentement donné par le promettant, une évolution avait en effet conduit à admettre un véritable « "droit jurisprudentiel" de rétractation, assorti d'une possibilité limitée d'obtenir des dommages-intérêts pour le bénéficiaire »²¹¹⁶, soit le seul versement de dommages et intérêts en cas d'inexécution²¹¹⁷. Sur ce point, l'ordonnance du 10 février 2016 est revenue à plus de cohérence en disposant que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis »²¹¹⁸. En effet, la raison d'être de la promesse unilatérale est d'arrêter la volonté de celui qui la consent sur le contenu du contrat définitif, seul restant à intervenir le consentement du bénéficiaire par la levée de l'option, et par ce biais-là d'annihiler le risque pesant sur la formation du contrat lui-même et non plus sur les discussions devant y conduire. Du point de vue du bénéficiaire en effet, aucun risque comportemental ne pèse plus en théorie sur la conclusion du contrat puisque celle-ci ne dépend plus que de lui. La réalisation imprévisible de ce risque doit alors conduire à le replacer dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si la promesse avait été respectée, c'est-à-dire, la conclusion du contrat.

§2 : Fonctions de l'acte de prévisibilité

581. Introduction – Dans leur entreprise d'adaptation de la prévisibilité instaurée par le droit positif, les rédacteurs d'actes auront le choix entre des techniques plus ou moins directes d'action sur le risque. La technique la plus répandue consistera à stipuler des clauses portant *prescription de l'avenir*, que le risque soit ou non issu d'une source personnelle (A). Mais il sera également possible de mettre en place des techniques de prévention du risque moins prescriptives quoique tout aussi efficaces *in fine* pour empêcher le risque de se produire : il s'agira alors non point de dire ce que devra être l'avenir contractuel, mais de jouer sur les variations de l'aspect comminatoire de la contrainte légale imposée par le principe de force obligatoire. Cette deuxième technique, qui vise essentiellement le risque personnel, porte alors *une simple incitation*, par le biais d'une action sur l'effet prophylactique de la sanction ainsi accrue (B).

²¹¹⁵ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 152.

²¹¹⁶ F. COLLART-DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *op. cit.*, p. 89.

²¹¹⁷ Civ. 3, 15 décembre 1993, « *Consorts Cruz* », Bull. civ. III, n°174 : D.1994.507, note BENAC-SCHMIDT ; *idem*, p. 230, obs. TOURNAFOND ; D.1995.88, obs. AYNES ; *Defrénois* 1994.35845, note DELEBECQUE.

²¹¹⁸ Article 1124 du Code civil.

A) Les restrictions conventionnelles de la liberté du cocontractant

582. La clause de non-concurrence – De nombreuses clauses ont pour fonction de conférer une garantie supplémentaire à leur créancier quant au comportement à venir du débiteur. Il en va ainsi évidemment de la *clause de non-concurrence* qui, stipulée dans un contrat de travail, va permettre à l’employeur de restreindre la liberté d’entreprendre, pourtant fondamentale, de son employé. En effet, « la concurrence exercée par un salarié à l’encontre de son employeur actuel ou de son ancien employeur peut se révéler potentiellement dangereuse par la connaissance qu’il possède des avantages concurrentiels de l’entreprise. L’accès aux secrets de l’entreprise, au savoir-faire, la connaissance intime de l’organisation de l’entreprise, les relations nouées avec la clientèle justifient l’appétence de sécurité exprimée par l’entrepreneur »²¹¹⁹. Le cas de l’obligation de non concurrence²¹²⁰ est du reste topique de ce mécanisme de renforcement conventionnel de la prévention des risques : pendant la durée de son contrat de travail, l’employé est en effet légalement tenu d’une obligation de loyauté²¹²¹ envers son employeur, qui « lui interdit, en principe, de développer, directement ou indirectement, tout acte de concurrence pour son propre compte ou pour celui d’un tiers »²¹²². Pourtant, parallèlement à cette obligation de plein droit, il est loisible à l’entreprise de faire figurer une clause dans le contrat de travail, permettant *de préciser les contours de l’obligation de non concurrence* et, ce faisant, *de la renforcer en la spécifiant*, car l’obligation légale de fidélité n’impose pas à l’employé une exclusivité qui l’obligerait à réserver à son employeur l’intégralité de ses services. Il sera donc possible à l’employeur d’aggraver l’obligation de son employé, en stipulant conventionnellement une clause d’exclusivité.

583. Un contrôle conventionnel de l’avenir post-contractuel – L’utilité des clauses de non-concurrence et de confidentialité se fait néanmoins plus nettement sentir *après la fin de la relation contractuelle, qui fait cesser l’obligation de non-concurrence*. La prolongation

²¹¹⁹ Y. PICOD, S. ROBINNE, « Concurrence (Obligation de non-concurrence) » in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2009, (à jour : mars 2014). V. not. sur ce sujet : N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, préf. Y. SERRA, PU Perpignan, 2000 ; G. DAMY, « La clause de non-concurrence dans les relations de travail », *JCP E* 2008.1025.

²¹²⁰ V. not. : Y. PICOD, « L’obligation de non-concurrence de plein droit et les contrats n’emportant pas transfert de clientèle », *JCP E*, 1994.I.349 ; *Le devoir de loyauté dans l’exécution du contrat*, 1989, LGDJ, préf. G. COUTURIER, n°123 ; J.-E. RAY, « Fidélité et exécution du contrat de travail », *Dr. soc.* 1991.379 ; Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, 1991, Dalloz, coll. Droit usuel ; A. ARSEGUEL et M.-C. AMAUGER-LATTÈS, *L’obligation de non-concurrence et les relations de travail*, *Rev. fr. compt.* 1994.50 ; P.-X. CÉLESTE, « L’obligation de non-concurrence supprime-t-elle l’obligation de fidélité ? », *Sem. soc. Lamy*, n°489, 5 févr. 1990, p. 72 ; S. SANTOLINI, « Les clauses de non-concurrence », *Sem. soc. Lamy*, supplément au n°840, 20 mai 1997.

²¹²¹ Y. PICOD, S. ROBINNE, préc., n°8.

²¹²² *Idem*, n°11.

conventionnelle de l'encadrement des comportements porte alors, par le biais de la stipulation d'une clause spécifique de confidentialité ou de non-concurrence, réduction de la liberté de l'ancien employé qui, contre indemnisation, se verra interdire de mettre au service d'un autre les compétences qu'il aura acquises ou développées au sein de l'entreprise créancière de la clause. En l'absence d'une telle clause, cette liberté ferait en effet peser sur l'entreprise un risque important de fuite de savoir-faire, de ressources intellectuelles ou technologiques et donc de pertes financières évidentes. Ainsi une société de vente de véhicules automobiles s'est vue refuser, en l'absence de clause de non-concurrence, les dommages et intérêts qu'elle réclamait à un associé ayant démissionné de ses fonctions et qui avait acquis dans la même ville une concession automobile d'une marque concurrente²¹²³.

De la même façon, « les clauses de confidentialité ont pour intérêt de renforcer la protection de l'entreprise en étendant la protection des informations après la fin du contrat ; elles permettent, *par la précision des informations confidentielles dans le contrat* de faciliter la preuve des divulgations »²¹²⁴.

B) L'accroissement de l'effet comminatoire de la contrainte légale

584. Adaptation de la responsabilité – La force obligatoire des conventions oblige à l'exécution conforme de ce qui a été convenu. Sanction légale du contenu contractuel, qui l'érige en norme à part entière intégrée au système juridique considéré, elle a pour conséquence, dans l'hypothèse où l'une des parties défailtant à ses obligations violerait de ce fait la norme contractuelle, de déclencher la mise en œuvre de sa responsabilité. De ce fait, l'article 1103 du Code civil institue un espace de certitude juridique dans le temps à venir par l'institution d'une contrainte qui, si elle n'a dans l'idéal pas vocation à être mise en œuvre, le sera néanmoins certainement autant que de besoin, et comporte de ce fait, comme toute sanction juridique, un caractère comminatoire autant que punitif. Les parties au contrat ont néanmoins *la possibilité de renforcer cette contrainte légale, tant dans son aspect punitif que dans celui simplement répulsif*²¹²⁵, qui a vocation à jouer seulement en présence d'un risque éventuel qu'elle a vocation à empêcher.

²¹²³ Com. 26 novembre 1996, n°94-15403, Bull. IV, n° 284.

²¹²⁴ M-A MOREAU, « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité » *Dr. & patr.*, 1999, n°69, p. 56 et s.

²¹²⁵ V. aussi : la clause de « *milestone* » qui est un mécanisme d'ajustement de la détention du capital social en fonction de l'atteinte par les dirigeants d'objectifs prédéterminés (V. J. MESTRE, J-C. RODA, *op. cit.*, n°568 ; S. SHILLER, « L'influence de la nouvelle économie sur le droit des sociétés », *Rev. sociétés* 2001.47.

585. La clause pénale – L’ordonnance du 10 février 2016 ne comportant pas de définition de la clause pénale, il faut se référer à l’ancien 1226 du Code civil qui donnait une définition téléologique de la clause pénale : « la clause pénale est celle par laquelle une personne, *pour assurer l’exécution d’une convention*, s’engage à quelque chose en cas d’inexécution ». Son aspect comminatoire²¹²⁶ était donc clairement énoncé : elle est dans tous les cas un moyen pour les parties de prendre en compte le risque d’inexécution. Pour ce faire, elle comporte une double fonction : évaluant à l’avance le montant dû par la partie défaillante en raison de son inexécution (elle est alors une peine privée)²¹²⁷, elle est aussi corollairement, en amont, *un moyen de pression* destiné à empêcher la réalisation du risque d’inexécution par l’aggravation de la sanction normalement attachée par la loi à ce manquement. Cette fonction a été explicitement énoncée par la Cour de cassation : « la clause pénale n’a pas pour objet exclusif de réparer les conséquences d’un manquement à la convention *mais aussi de contraindre le débiteur à exécution* »²¹²⁸. On parle alors de clause-coercition²¹²⁹. Un auteur a ainsi défini la clause pénale sous ses deux aspects successifs comme « un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d’une sanction, l’exécution d’une obligation principale et qui, en cas d’inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d’exiger l’exécution d’une peine privée »²¹³⁰.

La clause pénale emporte une prévisibilité plus grande pour les parties, tant par l’effet de garantie attachée à sa fonction comminatoire, que par la simplification de la procédure qu’elle porte, puisque déclenchée par la seule réalisation du manquement visé, elle est déclenchée par le seul fait de la réalisation du risque et dispense le créancier de recourir au juge pour faire valoir ses droits. Ce faisant, elle dispose d’une « évaluation conventionnelle des dommages-intérêts [...] substituée à l’évaluation judiciaire qu’elle rend inutile »²¹³¹, et permet en théorie de circonvenir le risque judiciaire en rendant prévisible *ab initio* le montant de la compensation qui sera reçue en cas d’inexécution.

²¹²⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, V° *clause pénale*.

²¹²⁷ Com. 14 juin 2016, n°15-12734, qui définit la clause pénale comme une « évaluation forfaitaire et anticipé du préjudice ».

²¹²⁸ Com. 29 janv. 1991, n°89-16446, Bull. civ. IV, n°43. Nous soulignons.

²¹²⁹ S. PIMONT, « Clause pénale » *Dalloz*, 2010 (à jour : juin 2017), n°2 ; F-X TESTU, *op. cit.*, n°113.22.

²¹³⁰ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, p. 396, n°705. M. le professeur MAZEAUD situe d’ailleurs la raison d’être de la clause pénale dans cette garantie apportée au créancier : « la raison d’être de la clause pénale réside dans la garantie de l’exécution des obligations contractuelles, que traduit son caractère comminatoire » (D. MAZEAUD, « La faculté de dédit stipulée dans une promesse de cession de fonds de commerce ne s’analyse pas en une clause pénale susceptible d’être diminuée par le juge », note sous Com. 2 avril 1996, n° 94-13.433, *D.*1996.329).

²¹³¹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°624, p. 677.

586. Contrôle et restrictions – Quoi que la possibilité laissée aux parties d'aménager, en l'aggravant, la contrainte légale à l'exécution du contrat se heurte à certaines limites, l'encadrement légal et judiciaire dont font l'objet la clause pénale ou la clause de non-concurrence²¹³² fonde l'affirmation *d'une réelle subsidiarité entre l'action du droit et celle des parties, dans la prévention du risque*. Autant il apparaît que les parties se voient incitées par principe à anticiper elles-mêmes la gestion du risque, autant elles doivent composer en ce qui concerne l'adaptation du niveau de risque auquel elles souhaitent se soumettre, avec l'existence de règles préventives légales qui fondent un certain pouvoir de contrôle de la loi et du juge. Il s'agira en outre d'assurer un certain équilibre entre la restriction posée et la nécessaire liberté des parties au sein du contrat dans une perspective de justice contractuelle : en effet une trop grande recherche de prévisibilité de la part d'un contractant ne peut se faire qu'au détriment de la liberté de l'autre, et il importera en toutes circonstances de veiller à l'existence d'une juste contrepartie à l'existence de ces renoncements. Il apparaît donc que la liberté des parties dans l'adaptation du risque n'est pas sans limite, et que le droit conserve un certain pouvoir de contrôle...

587. Conclusion de la sous-section 2 relative aux techniques d'adaptation – Les techniques d'adaptation du risque peuvent faire l'objet d'une typologie fondée sur leur caractère plus ou moins autonome par rapport à la convention principale, et sur des considérations tenant à leur fonction, plus ou moins prescriptive. Cette typologie apparaît apte à accueillir la figure nouvelle des actions interrogatoires introduites par l'ordonnance du 10 février 2016. Leur efficacité pour assurer la prévisibilité a pu être critiquée : outre le fait que l'interrogation visant à purger la nullité d'un contrat est à tout le moins parfois inopportune²¹³³, celle instaurée par l'article 1123 du Code civil en matière de pacte de préférence, il conviendrait de l'abroger purement et simplement tant elle apparaît emporter d'effets néfastes, tant à l'égard du bénéficiaire que du tiers.

²¹³² La Cour de cassation s'attache en effet particulièrement à vérifier l'existence d'un intérêt légitime de l'entreprise susceptible de justifier la stipulation d'une telle clause. Un important arrêt de la chambre sociale rendu le 10 juill. 2002 (n° 00-45135, Bull. V, n° 239 p. 234 : D.2002.2491, note Y. SERRA) est venu préciser les conditions de validité de la clause de non-concurrence, en énonçant « qu'une clause de non-concurrence n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives ». V. not. pour une analyse de la licéité des clauses de non-concurrence : Y. AUGUET, « La légitimité de la clause de non-concurrence en droit du travail », *LPA*, 24 juin 1998, n° 75, p. 14.

²¹³³ V. à ce sujet : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 336.

588. Conclusion de la section 2 relative à l'adaptation du risque – La compréhension des mécanismes psychologiques qui guident les parties dans l'adaptation du niveau de risque auquel elles entendent s'exposer est un préalable nécessaire au choix d'un instrument technique adéquat. Il est apparu, en particulier, que certains mécanismes issus de la pratique contractuelle internationale (notamment les clauses d'intangibilité ou de stabilisation) demeurent d'une efficacité très relative, et de manière générale, que l'efficacité des techniques d'adaptation du risque dépend peu ou prou des mêmes conditionnements que ceux auxquels se heurte la loi.

589. Conclusion du chapitre 1 relatif à la mise en œuvre d'une régulation conventionnelle – L'anticipation du risque et l'adaptation du risque constituent les deux revers d'une même médaille : celle que constitue l'intérêt que les parties trouvent dans le contrat. Leur objet est le même, qui est une meilleure prévisibilité, synonyme de rentabilité et donc de satisfaction des intérêts respectifs des contractants. Néanmoins, leur mise en œuvre n'apparaît pas soumise aux mêmes difficultés. La contractualisation du risque apparaît comme une entreprise relativement aisée. L'on prônera néanmoins une meilleure intégration de la valorisation du risque dans la loi, notamment en modifiant la définition du contrat aléatoire de l'article 1108 du Code civil, et en permettant la stipulation de conditions portant sur un événement actuel mais incertain pour les parties. Un principe de faveur pour le contrat devrait également résulter de l'incitation à une anticipation conventionnelle de la gestion de l'imprévision : nous proposons une modification en ce sens de l'article 1195 du Code civil permettant à titre d'exception une révision judiciaire qui apparaîtrait comme prévisible. En revanche, il apparaît que l'adaptation du risque demeure soumise à un certain nombre de contraintes. En outre, la liberté contractuelle n'est pas sans limite, et elle doit composer avec l'ordre public contractuel. Cette adaptation demeure donc soumise à un certain contrôle...

Chapitre 2:

Le contrôle de la régulation

conventionnelle

590. *Le risque et la peur* – Dans nos sociétés où la sécurité tend de plus en plus à devenir une valeur cardinale, le risque est souvent perçu de façon négative²¹³⁴. L'évolution même du droit a longtemps été marquée par cette méfiance que suscite le risque²¹³⁵, et l'on oppose souvent dans le discours politique contemporain les visions sociale et libérale qui trouveraient l'un de leurs points de confrontation sur le rapport de l'individu, et plus largement de la société dans son ensemble, au risque : on promeut d'un côté la sécurité (de l'emploi, du statut, des revenus, de tel ou tel placement) tandis qu'on vantera plus volontiers de l'autre la prise de risque de l'entrepreneur, le modèle d'une économie entrepreneuriale, règne des « *start-up* » qui osent prendre le risque de transformer une simple idée en réussite économique. De fait, il semble que ces discours extérieurs au droit trouvent une certaine résonance dans la philosophie de la régulation : *le risque est souvent perçu comme un danger, l'éventualité d'une perte plus que l'opportunité d'un gain...* Car il est toujours l'éventualité que survienne une injustice. Un auteur évoquait ainsi les deux effets que peut avoir le futur, avec toutes les potentialités qu'il comporte : il peut affecter la volonté contractuelle, lorsque celle-ci se trouve mobilisée dans tel ou tel sens par anticipation de ce qui est anticipé de l'avenir, mais aussi bousculer la justice contractuelle en perturbant l'équilibre initialement convenu²¹³⁶ : « le futur contractuel affecte [...] de deux manières distinctes les deux dimensions fondamentales du contrat. En tant qu'il est activité immanente, projection des volontés humaines dans le monde du droit, c'est la représentation du futur qui domine le champ de la volonté contractuelle ; en revanche, en tant

²¹³⁴ J. HAUSER, *op. cit.*, p. 126 : « si l'on s'en tient à la nature des choses, il faut bien constater que l'effet de la durée est plutôt destructeur du pouvoir de la volonté ».

²¹³⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 15 et s.

²¹³⁶ A. SERIAUX, « Le futur contractuel », in. *Le Droit et le futur...*, Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, n°7.

qu'il est inclus dans un ordre juridique transcendant, passage obligé du juste correctif, c'est la réalisation du futur qui met alors en cause la justice contractuelle »²¹³⁷.

591. Un droit arbitre – Le contractant pourra alors adopter deux postures face au risque : il sera soit hostile (« tout futur déséquilibrant est alors considéré comme une menace pour la justice »), soit joueur (« la réalisation du futur devient alors l'objet d'un pari sur la justice »)²¹³⁸.

Les rapports qui unissent le contrat et le risque sont donc paradoxaux, faits tout à la fois d'attrait et de répulsion : d'un côté le risque est le moteur des affaires, de l'autre sa neutralisation justifie parfois la conclusion de tel ou tel contrat. Parfois les deux sont mêlés – ainsi du contrat d'assurance – et l'on cherchera alors à jouer sur tel risque en se prémunissant de tel autre. Dans un tel contexte, *le droit apparaît tenir un rôle d'arbitre* : si les parties conservent une liberté d'ajustement du rapport qu'elles souhaitent instaurer entre leur accord et le risque²¹³⁹, un contrôle légal et judiciaire de cet ajustement est nécessaire, fondé sur la considération de l'utilité du risque et du respect de la justice, nonobstant son intégration dans le contrat : le droit, a-t-on dit, ne sanctionne le contrat qu'en considération de sa justice et de son utilité²¹⁴⁰. C'est entre ces deux exigences que se situe l'équilibre à trouver...

D'une part l'on constate l'existence d'un certain nombre de dispositions par lesquelles est assuré un contrôle de l'*utilité* du risque intégré, à partir duquel seront posées un certain nombre de restrictions, de degrés divers, à la liberté contractuelle. Or pour que le risque soit utile aux parties, son intégration doit être prévisible : *le contrôle de l'utilité du risque passera donc par une vérification de sa prévisibilité*. D'autre part, la justice contractuelle, qui conditionne la sanction du droit, impose que le contrat, en tant qu'*instrumentum*, ne soit pas lui-même source d'imprévisibilité pour l'une ou l'autre des parties.

²¹³⁷ *Idem, ibid.*

²¹³⁸ A. SERIAUX, préc. p. 78. V. aussi : L. THIBERGE, *op.cit.*, n°89 : « deux visions antagonistes de l'avenir peuvent être relevées. Soit celui-ci est perçu comme porteur d'opportunités favorables. [...] Le contrat offre un moyen de spéculer sur l'incertain. Soit à l'inverse les parties craignent que l'avenir ne soit porteur d'événements défavorables. Contracter permet alors de figer la situation présente, afin que l'incertain n'ait pas de répercussion sur le contrat. Celui-ci est alors un mode de *garantie contre l'incertain* » (souligné par l'auteur). V. aussi : *idem*, n°94 et s.

²¹³⁹ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 39 constate une « liberté » laissée à la volonté de « compter avec le hasard », malgré l'attitude historiquement réticente du droit à son encontre durant tout le XIX^e siècle. V. aussi : O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y LEQUETTE, LGDJ, 2012, p. 77 et s. qui relève que la nature d'acte de prévision du contrat, qui transparaît dans la distinction de la formation et de l'exécution, semble difficilement compatible au premier abord avec une logique d'adaptation, et donc finalement une posture « joueuse ».

²¹⁴⁰ J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*1990.149.

592. Annonce du plan – Le critère central qui *explique, justifie*, et en même temps *encadre* l'interventionnisme légal ou judiciaire dans la régulation du risque mise en œuvre par les contractants est donc l'exigence de prévisibilité : elle explique le contrôle du risque intégré au contrat (**section 1**), elle justifie et encadre le contrôle de la prévisibilité du contrat (**section 2**).

Section 1 : La prévisibilité du risque

593. Introduction – Est *utile*, selon l'Académie, ce « qui est profitable, avantageux, qui sert à quelque chose »²¹⁴¹. De prime abord, dans le domaine contractuel, le risque appelle la méfiance : sa survenance pourra être néfaste, en ce qu'elle est susceptible de priver une partie d'un avantage escompté. Seule se justifiera donc la persistance, organisée par le droit, d'un risque qui au contraire *servira à quelque chose*. Mais dans la mesure où le caractère profitable de ce *quelque chose* est par définition marqué par un aléa, le caractère utile du risque paraît donc au premier abord être lui-même aléatoire, et donc inapte à constituer le critère efficace d'une régulation. Ce n'est donc pas l'utilité *du résultat espéré* – et donc de son caractère profitable pour l'un et/ou l'autre des contractants – mais *du maintien du risque en tant que tel* qu'il convient d'observer. Quoique le résultat du jeu de dés soit par nature indéterminé et indéterminable, donc *in fine* incertain, au moment de la conclusion du contrat, il peut être utile de laisser les contractants les jeter sur le tapis, à la condition que cette indétermination représente une chance de gain suffisante, *ce qui revient à poser le critère de la prévisibilité du risque pour départager les risques admissibles de ceux qui ne le seraient pas*.

Mais à un niveau plus élevé, il apparaît que l'intégration dans le contrat de certains risques, qui pourrait apparaître comme ayant une utilité pour les parties, serait de nature à porter atteinte à des intérêts qui les dépassent. Son éventuelle utilité *inter partes* se trouvera alors subjuguée par la considération du danger qu'il fait peser en réalité sur les intérêts individuels des contractants, voire sur l'intérêt général. Le principe de liberté contractuelle, qui semble au premier abord, offrir un vaste champ d'action aux parties pour intégrer dans leurs conventions les risques qui leur semblent – ou au moins à l'une d'entre elles – utiles, doit donc en réalité composer avec l'ordre public contractuel qui, parfois, interdira certaines de ces intégrations.

594. Annonce du plan – L'on constate donc un double mouvement du droit, qui va être amené à exercer un contrôle sur la prévisibilité que mettent en place les parties en intégrant le

²¹⁴¹ *Dictionnaire de l'Académie française*, 8^e éd., 1935, V^o *utile*.

risque dans le contrat: soit il favorisera cette intégration en considération de son caractère utile pour les parties (**sous-section 1**), soit au contraire cette prévisibilité apparaîtra comme néfaste, et, par le biais de l'ordre public contractuel, elle se trouvera empêchée (**sous-section 2**).

Sous-section 1 : La prévisibilité favorisée

595. Introduction – Le droit va donc considérer le risque *en fonction du danger* qu'il représente pour les contractants. Cependant, il est évident que tout risque représentant *per se* une éventualité de perte, il importe de discriminer précisément entre ceux qui justifient une exclusion radicale et ceux qui ne la justifient pas. Il nous semble que le critère à retenir doit être l'*excès*, c'est-à-dire que le bilan coût/avantage prospectif – dans le cas où le risque se réaliserait – sera toujours trop gravement défavorable à une partie. Il va de soi qu'il s'agit là avant tout d'une question plus politique que purement juridique dans la mesure où c'est le législateur qui est en charge de déterminer ce qui est acceptable ou non dans la société qu'il est appelé à régir à un moment donné. La recherche d'une utilité du contrat, qui explique la sanction dont le droit l'assortit, appelle une vérification de l'utilité du risque. Celle-ci repose sur une mise en balance *de la probabilité de gain et de perte attachée à l'intégration du risque dans l'accord des parties*. Lorsque la chance de gain apparaîtra comme une éventualité plus probable, le maintien de l'indétermination pourra apparaître comme utile, et donc le contrat également. Ce raisonnement en termes de probabilité lie donc l'appréciation de l'utilité du contrat à celle de la prévisibilité du risque. En réalité une distinction doit être faite : la prévisibilité du risque apparaît comme *un préalable* à son utilité, une indétermination seulement prévisible, mais sans incidence pratique sur les droits et obligations des parties ne pourrait en effet être qualifiée telle.

596. Annonce du plan – Il faut, pour que cette indétermination soit utile, qu'elle rende prévisible l'obtention d'un résultat bénéfique pour les parties (gain réalisé, perte évitée, etc.). *La prévisibilité (§1) apparaît donc comme un préalable nécessaire de l'utilité (§2).*

§1 : La prévisibilité du risque

597. Utilité et prévisibilité – Les raisons pour lesquelles les parties prennent soin de stipuler en considération d'un événement aléatoire peuvent être multiples. La cause finale de ces mécanismes est pourtant toujours identique : ce faisant elles espèrent retirer un profit de l'indétermination qui affecte le contrat en son entier ou en certains de ses aspects. La fin du risque c'est donc l'espérance de gain qu'il représente. Sera utile le risque qui, en l'état de simple éventualité représente *une opportunité de gain suffisante, et inutile celui qui représente une chance tellement mince de bénéfice qu'elle ne justifie pas l'acceptation par les parties de l'éventualité de perte corrélative.*

Ainsi par exemple d'une clause de non-concurrence interdisant au salarié d'exercer librement une activité professionnelle après la fin de son contrat de travail. Une telle obligation stipulée dans le contrat ou imposée par la convention collective constitue *ab initio* un risque de perte non négligeable : le salarié s'empêche en effet de répondre positivement à des offres d'emploi qui pourraient être particulièrement bénéfiques pour lui. C'est pourquoi la jurisprudence impose qu'une telle clause fasse l'objet d'une rémunération²¹⁴², laquelle constitue une *chance* de gain car rien ne dit, au moment où le contrat est conclu, que le contrat prendra fin et que cette rémunération sera un jour versée... Mais eu égard à la gravité du risque pris, le juge vérifiera que la contrepartie financière de la clause n'a pas un caractère dérisoire²¹⁴³, c'est-à-dire *in fine* qu'il y a bien un équilibre entre la perte éventuelle que représente la renonciation anticipée à la possibilité d'accepter des offres d'emploi, et la chance de gain que représente la rémunération due au titre de la clause. A défaut le risque pris par le salarié ne présenterait pour lui aucune utilité, et la clause sera réputée non-écrite²¹⁴⁴.

598. Vérification de l'utilité objective du risque en amont de la volonté des parties – Cela implique très naturellement de tenir compte des stipulations des contractants, car, dans une logique de liberté contractuelle, il convient de poser comme postulat que les parties savent mieux que quiconque ce qui est bon ou non pour leurs intérêts. Encore convient-il de tempérer cette affirmation par diverses exigences. L'on considèrera d'abord classiquement qu'une

²¹⁴² Soc. 10 juillet 2002, n°99-43334 à 99-43336.

²¹⁴³ Soc. 15 novembre 2006, n°04-46721, Bull. V, n° 341, p. 330. La Cour de cassation censure ainsi toute stipulation contractuelle visant à minorer la contrepartie financière de la clause de non-concurrence en cas de faute du salarié (Soc. 8 avril 2010, n°08-43056, Bull. V, n° 92) ou de démission du salarié (Soc. 25 janvier 2012, n°10-11590, Bull. V, n° 20).

²¹⁴⁴ Le salarié pourra en outre demander des dommages et intérêts, que la clause ait ou non été mise en œuvre : Soc. 12 janvier 2011, n°08-45280, Bull. V, n° 15.

réelle liberté contractuelle suppose *une égalité des forces entre les parties* : il ne peut y avoir en effet de véritable liberté qu'au sein d'une relation égalitaire où chacun de ceux qui s'y confrontent ne se trouve pas, d'une manière ou d'une autre, en dépendance ou en faiblesse par rapport à l'autre. Car dans ce cas, un risque accepté parce qu'il pourrait sembler utile aux yeux de l'un des contractants ne le sera peut-être que vu à travers son jugement faussé ou entravé. Il importe donc qu'avant même de s'interroger sur l'utilité subjective du risque accepté au sein du contrat, le droit vérifie en amont qu'il n'existe pas *une inutilité objective*, en fonction de considérations tenant soit aux parties, soit au contrat lui-même. En effet, la nature même du contrat emporte aussi *per se* certaines exigences, et le droit fixera un seuil minimal de réglementation à partir duquel il sera éventuellement possible aux parties, en connaissance de cause, de stipuler certaines adaptations. Il s'agirait alors de mesurer l'utilité du risque par rapport à des considérations *in abstracto* et l'évaluation de l'intérêt des parties devra alors se faire non dans une logique purement économique mais en le replaçant dans sa seule perspective technique eu égard à la nature du contrat ou à la qualité des parties.

599. *L'utilité du risque par rapport à la nature du contrat ou à la qualité des parties* –

Certains contrat sont par eux-mêmes des opérations de spéculation : prenant le risque comme objet à part entière de leur accord de volontés, les parties entendent par là-même contracter à leurs risques et périls, en vue du gain qu'elles espèrent en retirer en contrepartie. L'article 1108 du Code civil définit ainsi le contrat aléatoire comme celui où « les effets [...] quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront [dépendent] d'un événement incertain ». La posture du droit doit alors être sans conteste le retrait par rapport au principe fondamental de liberté contractuelle et de responsabilité personnelle. Certaines réserves doivent néanmoins être faites. D'une part évidemment, il appartient au législateur de définir la limite – en fonction de considérations essentiellement politiques qui lui appartiennent et devant lesquelles le juriste ne peut que s'incliner – en-deçà de laquelle de telles conventions lui apparaissent comme opportunes et au-delà de laquelle il conviendra de poser une interdiction pure et simple au vu du danger excessif qui pèserait sur les contractants. D'autre part, il importe de vérifier *que les parties se trouvent à égalité face au risque*²¹⁴⁵ : dans le cas contraire celui-ci ne saurait être utile en tant qu'indétermination initiale permettant d'espérer un gain, puisqu'une des parties viendrait se lier dans une relation portant en elle-même *ab initio* une perte certaine, quand l'autre se trouverait dans le même temps d'ores et déjà dotée du gain envisagé. C'est pourquoi

²¹⁴⁵ A. BENABENT, *op. cit.*, p. 45.

la jurisprudence décide par exemple avec constance que « le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé »²¹⁴⁶.

600. Nécessité d'une prévisibilité du risque pour que le contrat soit utile – De telles conventions ne se justifient que dans la mesure où le risque est accepté, c'est-à-dire qu'il convient de le rendre prévisible en tant que tel afin qu'il ne se révèle pas ultérieurement, viciant ainsi l'accord des volontés. La conclusion du contrat d'assurance sera ainsi soumise à la transmission à l'assureur d'un certain nombre d'informations portant « sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge »²¹⁴⁷. La jurisprudence adopte sur ce point une position relativement souple à l'égard de l'assuré qui n'est tenu que de répondre aux questions qui lui sont posées à travers le formulaire de déclaration des risques²¹⁴⁸. Cette solution doit être approuvée, dans la mesure où « le risque étant une notion complexe, l'assuré maîtrise le plus souvent mal les circonstances qui sont de nature à permettre son appréciation par l'assureur »²¹⁴⁹. Il revient donc logiquement à l'assureur, pour que le risque soit utilement intégré à ses prévisions, de réclamer les signes utiles d'anticipation, à charge pour l'assuré de les lui fournir²¹⁵⁰. De même la vente d'immeuble à construire²¹⁵¹, qui présente un risque certain pour l'acquéreur en raison de l'inexistence de l'immeuble au moment de la conclusion du contrat²¹⁵² sera-t-elle soumise, dans le secteur protégé du moins, à la fourniture de certaines informations permettant de déterminer les éléments essentiels de l'opération, soit à l'occasion de la conclusion d'un contrat préliminaire²¹⁵³, soit à l'occasion du contrat de vente lui-même²¹⁵⁴. Le cas du contrat de cautionnement a pour sa part ceci de particulier que la chance de gain envisagée n'est pas

²¹⁴⁶ Civ. 1, 4 novembre 2003, Bull. civ. I, n°220 : *Gaz. Pal.* 2004.1158, note PERIER ; *RGDA* 2004.338, note J. KULLMANN. Sur cette question cf. *supra* n°530 et s.

²¹⁴⁷ Article L. 113-2 2° du code des assurances : « l'assuré est obligé [...] de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge » (nous soulignons).

²¹⁴⁸ Ch. mixte, 7 février 2014, n°12-85107, Bull. ch. mixte, n° 1 : *D.*2014.1074, note A. PELISSIER.

²¹⁴⁹ A. PELISSIER, « La déclaration de risques en questions », *D.*2014.1075.

²¹⁵⁰ Sinon l'assureur aura évidemment la possibilité de poursuivre soit la nullité (Article L. 113-8 du code des assurances) ; soit la résiliation du contrat ou la réduction de l'indemnité (Article L. 113-9 du code des assurances).

²¹⁵¹ Article 1601-1 du Code civil.

²¹⁵² Le risque est plus important dans la vente en l'état de futur achèvement où le transfert de propriété et le versement du prix ont lieu au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

²¹⁵³ Celle-ci reste facultative : cf. O. TOURNAFOND, « Vente d'immeuble à construire », *in. Rép. dr. imm.*, Dalloz, 2004 (à jour : juin 2016), n°60. Dans ce cas l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation dispose qu'il doit « comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé » (V. not. O. TOURNAFOND, *préc.*, n°74).

²¹⁵⁴ Article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation.

pour soi, mais pour celui qui bénéficie du cautionnement : la caution accepte de prendre un risque qu'elle juge raisonnable pour permettre le gain escompté par le cautionné. L'utilité du contrat de cautionnement pour la caution s'entend donc d'une balance positive des probabilités entre la perte qu'il accepte de subir éventuellement et la situation du cautionné qui présente des chances suffisantes de gain *pour lui*. Il importe donc, pour que *l'opération de cautionnement* soit utile, que la caution ait connaissance de l'évolution des dettes garanties, susceptible par répercussion d'obérer sa propre situation : le droit oblige donc le créancier à lui fournir une information annuelle²¹⁵⁵ portant notamment sur « le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement [...] »²¹⁵⁶. Une dernière illustration peut être trouvée dans l'information devant être communiquée au consommateur quant à la disponibilité des pièces détachées²¹⁵⁷ de façon à lui donner « une idée, si ce n'est de l'espérance de vie du produit acheté, du moins du temps durant lequel il pourra utilement être réparé »²¹⁵⁸. Au-delà de ces quelques exemples on retiendra l'importance tout à fait déterminante d'une information des parties qui soit en adéquation avec le risque qu'elles prennent afin de l'intégrer au processus de prévision : c'est seulement en effet si elles sont en mesure de connaître la portée de celui-ci que son acceptation pourra être utile en vue de spéculer sur les chances de gain pouvant résulter de l'opération²¹⁵⁹.

601. *L'adaptation de l'information en fonction de la qualité des parties* – La qualité de l'information devant être communiquée dépendra étroitement du constat d'une inégalité des parties, ce qui est une suite logique du principe de prévisibilité. Se pose néanmoins immédiatement la question de la façon dont il convient de mesurer cette inégalité : soit *in concreto*, ce qui déplace le problème sur le terrain de la preuve²¹⁶⁰ avec toutes les difficultés qu'il peut y avoir pour le créancier supposé de l'information à rapporter la preuve d'un fait négatif (qu'il ne connaissait pas et ne pouvait pas connaître l'information), soit en usant de

²¹⁵⁵ V. not. : J. CLAVEL-THORAVALE, « Point sur l'information annuelle de la caution », *RLDC* 2016.6207.

²¹⁵⁶ Article L. 313-22 du code monétaire et financier.

²¹⁵⁷ Article L. 111-4 du code de la consommation.

²¹⁵⁸ O. TOURNAFOND, préc., n°77.

²¹⁵⁹ V. par ex. : Civ.1, 14 avril 2016, n°15-13224, 15-13225, 15-13226, 15-13227, 15-13228, 15-13229, 15-13230, 15-13231 : *RLDC* 2016.6236, note M. LETOURMY, relevant « qu'en omettant de délivrer cette information [relative au risque de défaillance du cocontractant], le notaire avait manqué à son obligation de conseil, de sorte que les sociétés avaient été privées de la possibilité d'apprécier les risques que leur faisait courir la conclusion de l'acte dans ces conditions et, par suite, de contracter en connaissance de cause... ».

²¹⁶⁰ D'après l'article 1112-1 alinéa 4 du Code civil « c'est à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait [...] ».

présomption en considération de la seule qualité des parties. Cette deuxième voie est évidemment celle choisie par le droit de la consommation qui rehausse la qualité de l'information devant être fournie en présumant l'inégalité au profit du consommateur face à un professionnel, censé être mieux informé des risques²¹⁶¹. L'équilibre adopté par l'article 1112-1 du Code civil en droit commun, qui consacre l'obligation générale d'information jusque-là élaborée par la jurisprudence, repose pour sa part sur une appréciation *in concreto*, reposant sur « la connaissance d'une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre ».

602. Critique – Il semble pourtant qu'une telle règle ne soit, du point de vue de la prévisibilité du risque, satisfaisante ni pour le créancier, ni pour le débiteur de l'information. Du point de vue du débiteur de l'obligation en effet, cette qualité est susceptible de lui être attribuée si l'on suit la lettre du texte à travers un mécanisme de déresponsabilisation du cocontractant qui revendique la qualité de débiteur de l'information. En premier lieu celui-ci en effet pourra ignorer *légitimement* l'information : dans ce cas le mécanisme est classique qui lui permet d'attendre de l'autre une information pourvu que soient remplies les conditions relatives au débiteur potentiel pour que naisse à son égard une créance d'information. Mais le texte prévoit également que lorsqu'une partie fait confiance légitimement à son cocontractant, quoiqu'elle n'ignore pas (le texte repose sur une alternative) l'information, celle-ci doit néanmoins lui être fournie. A vrai dire l'alternative visée est inopportune car de deux choses l'une : ou bien le créancier ignorait légitimement l'information, et dans ce cas la démonstration du lien de confiance n'est qu'un indice parmi d'autres du caractère légitime de l'ignorance, ou bien il la connaissait mais, déçu par le contrat, il pourrait chercher à obtenir des dommages et intérêts voire même la nullité du contrat en invoquant la défaillance de l'autre à lui donner malgré tout l'information connue. Ou bien encore – et cette dernière alternative serait particulièrement néfaste dans une optique de responsabilisation des parties – bien que ne connaissant pas l'information, il était en mesure de la connaître, mais se reposait sur le lien de confiance avec le cocontractant pour se décharger sur lui des diligences normalement attendues de tout contractant. Cette inexactitude se trouve aggravée par le champ très subjectif donné à l'information due : celle « dont l'importance est

²¹⁶¹ D'où un renversement de la charge de la preuve par rapport au droit commun (article 1112-1 alinéa 4 du Code civil) : c'est au professionnel de démontrer qu'il a correctement informé son cocontractant. V. not. Civ.1, 25 février 1997, n°94-19685, Bull. civ. I, n°75 : D.1997.319 en matière médicale ; Civ.1, 29 avril 1997, n°94-21217, Bull. civ.I, n°132 pour les avocats ; et Civ. 1, 3 février 1998, n°96-13201, Bull. civ. I, n°44 pour les notaires ; Civ.1, 15 mai 2002, 99-21521, Bull. civ. I, n°32 pour le vendeur professionnel.

déterminante pour le consentement de l'autre partie» : il serait plus sage afin d'éviter une inflation du contentieux en germe dans une appréciation aussi subjective, de limiter l'information due à celle dont le débiteur « sait ou devrait savoir l'importance déterminante pour l'autre partie ». A défaut cela rendrait totalement imprévisible pour le créancier le champ de l'obligation d'information mise à sa charge.

Du point de vue du créancier de l'information cette fois, la protection est insuffisante car, une fois caractérisé de son point de vue une ignorance légitime, l'obligation du débiteur se trouve limitée aux informations qu'il « connaît ». Une telle limitation de l'obligation n'est pas opportune, car elle conduit à n'assurer qu'une intégration partielle du risque, d'autant que ce n'est pas le sens de la jurisprudence²¹⁶² : la formulation aurait été plus opportune qui aurait placé le critère au niveau de la prévisibilité du risque par le débiteur tenu de délivrer une information « qu'il connaît ou devrait connaître »²¹⁶³. La notion de *devoir* par rapport à celle de *pouvoir*, permettant de poser une limite adaptable en fonction de la qualité de la partie débitrice par rapport aux diligences pouvant être raisonnablement attendues d'elle de ce chef.

603. Pour une appréciation par voie de présomption en droit commun – L'appréciation *in concreto* de l'obligation d'information apparaît insatisfaisante, du moins si l'on s'en tient à la formulation actuelle de l'article 1112-1. Afin de proposer un système plus efficace et plus juste, il nous semble possible de s'inspirer des dispositions du *Draft Common frame of reference*²¹⁶⁴ qui se fonde sur la notion d'*attentes*²¹⁶⁵. Celles-ci pourront naître de part et d'autre du reste : ainsi sera-t-il plus difficile de revendiquer une obligation d'informer à l'encontre de l'autre partie dès lors qu'on lui aurait soi-même donné des raisons de croire être en mesure d'en avoir connaissance : le mécanisme permettrait la mise en œuvre d'une vraie politique de responsabilisation des parties par un retour en force de l'adage *emptor debet esse*

²¹⁶² Civ.1, 1^{er} mars 2005, n°04-10063, Bull. civ. I, n°109 : *RDC* 2005.1051, obs. D. FENOUILLET.

²¹⁶³ V. sur ce point la proposition de formulation de M. le professeur GHESTIN : « celle des parties qui connaissait, ou qui devait connaître, en raison spécialement de sa qualification professionnelle, un fait dont elle savait l'importance déterminante pour l'autre contractant, est tenue d'en informer celui-ci, dès l'instant qu'il était dans l'impossibilité de se renseigner lui-même ou qu'il pouvait légitimement faire confiance à son cocontractant, en raison de la nature du contrat, de la qualité des parties, ou des informations inexacts que ce dernier lui avait fournies » (GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y-M), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, le consentement*, LGDJ, Lextenso éditions, 4^e éd., 2013, n°665).

²¹⁶⁴ Article 3 : 101 à 3 :104 D.C.F.R.

²¹⁶⁵ Entre un professionnel et un non professionnel le D.C.F.R prévoit que l'information due à ce-dernier est celle que celui-ci « peut raisonnablement attendre compte tenu des standards de qualité et d'efficacité normaux eu égard aux circonstances » (article 3 : 101 al.1) ; entre professionnels il s'agira pour apprécier ce qui peut être attendu « de rechercher si le défaut d'information s'écarterait d'une bonne pratique commerciale » (article 3 : 101 alinéa 2). De plus « quand le professionnel utilise un moyen de communication commerciale donnant l'impression au consommateur qu'il contient toutes les informations pertinentes pour prendre la décision de conclure un contrat, ce moyen doit effectivement contenir toutes les informations pertinentes » (article 3 :102 (2)).

curiosus et du devoir de *se renseigner*²¹⁶⁶. Mais l'on aurait également la possibilité d'user de présomptions, *en tirant notamment des qualifications professionnelles de telle ou telle partie le signe raisonnable d'une attente de l'autre à son égard quant à la fourniture d'informations adéquates*²¹⁶⁷.

604. Proposition de modification de l'article 1112-1 alinéa 1 – La formulation suivante pourrait alors être proposée : « Celle des parties qui connaît *ou devrait connaître une information dont elle sait ou devrait savoir qu'elle a une importance déterminante pour le consentement de l'autre, doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette-dernière ignore cette information et peut en attendre raisonnablement la communication de sa part* ».

§2 : L'utilité du risque

605. Annonce du plan – Outre le cas, déjà évoquée²¹⁶⁸, où l'intégration du risque a pour objet la réalisation d'un gain, et sur laquelle nous ne reviendrons pas, il convient d'évoquer deux autres hypothèses : l'intégration d'un risque dans le contrat pourra en effet viser soit à éviter une perte (A), soit à permettre l'exercice légitime d'un droit ou d'une liberté (B).

A) Eviter une perte

606. L'exigence d'une prévisibilité du contenu du contrat lors de sa conclusion – Le droit prévoit parfois certaines indéterminations nécessaires, afin de permettre au contrat de s'adapter, et éviter ainsi aux contractants de prendre le risque d'une perte qui serait due à la trop grande rigidité de leurs prévisions. C'est ainsi qu'il demeure loisible aux parties d'assortir leur accord de conditions, qui vont permettre de tenir compte de certaines indéterminations *ab initio*, ou encore de renvoyer à une date ultérieure la détermination de certains éléments constitutifs du contrat. Pour que ces indéterminations (et donc le risque) soient utiles, encore faut-il là encore qu'elles soient intégrées dans l'accord des volontés, ce qui implique de les concilier avec certaines autres exigences telle que celle de précision qui doit assortir la pollicitation. Un auteur²¹⁶⁹ a, à cet égard, proposé de distinguer deux niveaux

²¹⁶⁶ P. JOURDAIN, « Le devoir de « se renseigner », *D.*1983. Chron. 139.

²¹⁶⁷ Cf. J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *op. cit.*, n°665.

²¹⁶⁸ Cf. *supra* n°513 et s.

²¹⁶⁹ J-L AUBERT, *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970, p. 6.

dans cette exigence de précision, à partir d'une appréhension plus large du mécanisme. L'offre serait d'abord une proposition, qui comporterait donc des éléments extrinsèques, soit « *ceux qui concourent à son existence, mais sans préjuger de son contenu* »²¹⁷⁰, mais elle serait aussi un moyen d'atteindre un objectif, le contrat – l'offre-projet – et comporterait à ce titre les éléments nécessaires à la formation de celui-ci et qui sont eux intrinsèques. Prenant appui sur ce dédoublement de l'offre, l'auteur identifie l'exigence de précision comme un élément intrinsèque tenant à l'offre-projet, et devant porter sur les éléments permettant de caractériser la nature de la convention visée. La détermination du contenu de l'offre dépend donc étroitement du contrat visé, puisqu'il en est la préfiguration. Il s'agit alors non seulement de déterminer les éléments qui doivent figurer dans l'offre, mais encore le degré de précision qui doit être atteint dans la description de ceux-ci²¹⁷¹. Or une certaine souplesse semble être de mise ici : « si la mention des conditions essentielles est exigée pour la validité de l'offre, il n'en résulte pas qu' [...] elle doive être rigoureusement précise. Ce qui est certain, et les auteurs en conviennent, c'est que les éléments du contrat futur *doivent pouvoir être déterminés à partir des énonciations du contrat* »²¹⁷².

607. *L'encadrement du risque pesant sur le contenu du contrat par sa prévisibilité* – Le droit n'impose donc pas une prévision de l'ensemble des éléments constitutifs du contrat, mais à tout le moins *leur déterminabilité sur une base objective* (les énonciations du contrat). La prévisibilité mise en œuvre par le droit tend alors à isoler l'accord de l'emprise d'une volonté persistante, qui garderait en sa main tel élément essentiel, faisant ainsi peser un risque personnel déstabilisateur sur le contrat formé. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 1163 alinéa 2 du Code civil qui dispose que l'obligation « doit être possible et déterminée ou déterminable ». Il est donc attendu du pollicitant, que son offre comporte des énonciations suffisantes pour déterminer les éléments essentiels du contrat projeté : « la prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire »²¹⁷³. Le Code reprend ici les dispositions de la *Convention de Vienne*, qui prévoit qu'« une proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix *ou donne des indications permettant de les*

²¹⁷⁰ *Idem, ibid.*

²¹⁷¹ *Idem*, p. 52 et s.

²¹⁷² *Idem*, p. 56.

²¹⁷³ Article 1163 alinéa 3 du Code civil.

déterminer »²¹⁷⁴. La détermination de la volonté s'entend donc *a minima d'une prévisibilité des éléments essentiels du contrat*. Ainsi la jurisprudence a-t-elle admis la validité d'une offre de vente de lots immobiliers en l'absence de division de l'immeuble²¹⁷⁵, d'une clause de cession d'action prévoyant que les acquéreurs s'engagent à se substituer dans les cautions personnelles des vendeurs²¹⁷⁶, ou encore d'une vente d'un terrain à prendre dans une parcelle²¹⁷⁷, pour peu que l'objet du contrat ait été sinon déterminé, du moins déterminable. Ainsi « plus qu'une détermination précise dans l'offre, ce que les juges exigent, c'est que la chose soit déterminable en fonction de données expressément prévues »²¹⁷⁸. L'article 1163 alinéa 3 du Code civil vise désormais « les usages ou [les] relations antérieures des parties », qui, avec les stipulations du contrat constituent des *signes* fondant la possibilité d'une anticipation du contenu contractuel. L'objectif est de permettre au destinataire de l'offre d'anticiper avec suffisamment de précision les éléments essentiels de l'accord à intervenir, de façon à ce que son acceptation, tombant sur un contenu suffisant et exact, forme le contrat sans autre intervention de la volonté du pollicitant. Il est pour cela nécessaire qu'aucun risque personnel ne pèse plus sur l'un des éléments essentiels après l'agrément de l'offre, mais que leur détermination ultérieure puisse se faire sur une base objective, d'ores et déjà connue : « ce qui apparaît [...] essentiel pour la déterminabilité de l'élément litigieux, c'est qu'il y ait une base précise à partir de laquelle la détermination de la chose puisse se faire »²¹⁷⁹. Cette base est à rechercher dans un certain nombre de signes actuels, au moment où intervient l'accord des volontés, rendant possible une anticipation suffisante des modalités ultérieures de détermination du contenu de la prestation.

608. La possibilité d'une indétermination du prix – Dans le cas du droit spécial de la vente, la jurisprudence s'est également orientée vers une lecture souple de l'article 1591 du Code civil qui prévoit que le prix doit être « déterminé et désigné par les parties » mais en conservant l'exigence de sa déterminabilité²¹⁸⁰. Ainsi par exemple la clause d'*earn out*, par laquelle le prix de cession de droits sociaux est affecté d'une part adaptable en fonction des résultats ultérieurs de l'entreprise cédée, ne sera valide « que si elle précise suffisamment la méthode de détermination du complément de prix en fonction des résultats de

²¹⁷⁴ Article 14 C.V.I.M.

²¹⁷⁵ Civ. 3, 22 janvier 2003, Bull. III, n° 11 ; Civ.3, 10 septembre 2008 Bull. III, n°131. En sens inverse, faute de détermination suffisante: Civ. 3, 11 février 2009, Bull. III, n°37.

²¹⁷⁶ Com. 1^{er} avril 1997 : Bull IV, n°90.

²¹⁷⁷ Civ. 3, 15 février 1984 : Bull. III, n°41.

²¹⁷⁸ J-L AUBERT, *op. cit.*, p. 57.

²¹⁷⁹ *Idem, ibid.*

²¹⁸⁰ Civ.3, 26 septembre 2007 : Bull. III, n°159 ; *Defrénois* 2007.1725, obs. R. LIBCHABER.

l'entreprise »²¹⁸¹. On retrouve ici le caractère prévisible du prix, comme seuil minimal de précision de l'offre. Mais que doit-on entendre par déterminabilité du prix ? La jurisprudence est constante sur ce point : « un contrat de vente n'est parfait que s'il permet, au vu de ses clauses, de déterminer le prix par des éléments *ne dépendant plus de la volonté de l'une des parties* ou de la réalisation d'accords ultérieurs »²¹⁸². C'est donc bien le risque personnel que fait peser sur la situation de l'acceptant une persistance de l'emprise de la volonté sur les éléments de l'offre, qui apparaît devoir être empêché²¹⁸³. Et cela est d'autant plus vrai que l'article 1592 permet pour sa part que soit laissé à l'arbitrage d'un tiers la détermination ultérieure du prix. Ce n'est donc pas tout risque qui est indifféremment chassé de la formation du contrat, mais bien le seul risque personnel d'une partie : « ce qui prédomine c'est le souci d'empêcher que l'une quelconque des parties conserve un pouvoir quelconque quant à la mesure des obligations réciproques »²¹⁸⁴. Pourtant, en dehors du cas spécifique du contrat de vente, une série d'arrêtés de principe rendus par l'Assemblée plénière le 1^{er} décembre 1995²¹⁸⁵ avaient adopté une position encore plus libérale, en soustrayant de façon générale²¹⁸⁶ le prix aux dispositions de l'ancien article 1129 du Code civil, sans condition de déterminabilité²¹⁸⁷. Les nouveaux articles 1164 et 1165 du Code civil consacrent cette solution, en visant spécifiquement le cas des contrats cadres et de prestation de service dans lesquels le prix peut être fixé unilatéralement et ultérieurement par l'une des parties²¹⁸⁸, sous réserve pour la partie ayant fixé le prix d'être en mesure d'en justifier *a posteriori* le montant²¹⁸⁹, le tout sous l'œil du juge chargé de contrôler le caractère abusif ou non de cette fixation unilatérale et d'en tirer

²¹⁸¹ F-X TESTU, *op. cit.*, n°42-33.

²¹⁸² Com. 24 mars 1965 : Bull. III, n°232. V. aussi: Com. 7 avril 2009 : *Dr. & patr.*, juill. 2009, p.89, obs. L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTDCiv.*2009.321, obs. B. FAGES.

²¹⁸³ V. not. : J. GHESTIN, « L'indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l'une des parties contre l'arbitraire de l'autre) », *D.*1973, chron. 293 ; M-A FRISON-ROCHE, « L'indétermination du prix », *RTDCiv.*1992.269.

²¹⁸⁴ J-L AUBERT, *op. cit.*, p. 59. Pour M. le professeur GHESTIN « le prix ne doit pas dépendre de la volonté arbitraire de l'une des parties sous peine d'enlever au contrat le caractère bilatéral qui est de son essence », c'est-à-dire que « la détermination du prix est soumise à l'arbitraire de l'une des parties, et ainsi le contrat est nul, chaque fois que la volonté de celle-ci ne s'exerce pas à l'intérieur de limites objectives, tracées par le contrat même, sur lesquelles, lors de l'exécution, le juge peut exercer un contrôle effectif » (J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y-M. SERINET, *op. cit.*, n° 731).

²¹⁸⁵ Ass. plén. 1^{er} décembre 1995, Bull. ass. plén. n°7, n°8 et n°9 : *JCP* 1995.II.22565, concl. JEOL, note J. GHESTIN ; *D.*1996.13, concl. JEOL, note L. AYNES ; *JCP E* 1996.II.776, note L. LEVENEUR.

²¹⁸⁶ Civ. 1, 12 mai 2004 (n°03-13847) : *RDC* 2004.925, obs. D. MAZEAUD.

²¹⁸⁷ Dans le silence de l'article 1163 du Code civil, il convient de considérer « que l'absence de fixation du prix au moment de la conclusion du contrat n'affecte pas la validité de celui-ci et ne constitue donc plus une cause de nullité. Le prix n'a pas à être déterminé, non plus que déterminable, dans le nouveau droit commun du contrat » (J. MOURY, « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.*2016.1013, n°3).

²¹⁸⁸ V. not. F. LABARTHE, « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *in. Le juge et les droits fondamentaux, Etudes offertes à J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 275 et s.

²¹⁸⁹ Sur ce nouveau dispositif : J. MOURY, « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016.123 et « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.*2016.1013.

les conséquences éventuelles sur le plan de l'indemnisation et/ou de la résolution du contrat (dans les contrats cadres uniquement).

609. Pour une prévisibilité des modalités de détermination du prix – Ces dispositions paraissent critiquables, quoi que pouvant se prévaloir d'un certain nombre d'arguments tenant notamment à la nature même du contrat-cadre, appelé à organiser une relation commerciale sur le long terme durant laquelle sont susceptibles d'intervenir de nombreuses variations de coûts qui devront être répercutées sur le prix des actes d'exécution ultérieurs²¹⁹⁰. En effet, elles laissent perdurer dans le contrat un risque important tenant à l'unilatéralité de la fixation de l'un de ses éléments essentiels, sans qu'il soit possible d'en assurer une prévisibilité minimale à même de permettre son intégration dans l'acte de volonté de l'autre partie. L'utilité du risque est ici sujette à caution : sous couvert d'une souplesse permettant d'adapter le contrat aux aléas du marché, il crée au contraire, au détriment de la partie qui se trouve en la puissance de l'autre, un risque accru de perte nonobstant la possibilité de demander *a posteriori* une justification du montant. On imagine aisément que tel petit distributeur lié à un fournisseur puissant et dont dépend la pérennité de son activité aura du mal à s'en saisir... Une mise en œuvre cohérente du principe de prévisibilité rend souhaitable une extension à ces domaines de la solution consacrée au sujet du contenu du contrat : la présence dans le contrat-cadre d'éléments permettant à tout le moins de rendre prévisible les modalités ultérieures du calcul du prix²¹⁹¹.

B) Permettre l'exercice d'un droit ou d'une liberté

610. Le risque résidant dans l'existence d'un droit – Parfois, il sera nécessaire de laisser perdurer un risque personnel de la part de l'une des parties à la relation, lorsque celui-ci procède de l'existence d'un droit ou d'une liberté dont l'exercice est légitime en considération de certaines règles ou principes. Dans de telles hypothèses, la considération du résultat (bénéfique ou non pour les contractants sur le plan de l'apport financier, patrimonial,

²¹⁹⁰ De fait, l'article 55 de la Convention de Vienne prévoit que la vente peut être « valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer ». Il en va de même de nombreux systèmes juridiques étrangers (cf. O. BARRET, « Vente 2° », *in. Rép. dr. civ.*, 2007 (à jour : juin 2016), n°430 et s.).

²¹⁹¹ V. par ex. : J. GHESTIN, « Prix déterminable dans un contrat de franchise se référant à un tarif », *D.1995.582*, spéc. n°9 et s. En sens contraire : L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.1993.25* pour qui « mieux vaudrait abandonner la sanction préventive d'éventuels abus pour se consacrer au traitement efficace des abus effectifs », ce qui est le sens de la réforme de 2016.

économique, etc.) importe peu. L'utilité réside en effet *dans la seule option ouverte au titulaire du droit*, laquelle, placée à l'ombre d'un principe de liberté et de responsabilité, se satisfait pour justifier son existence – et donc remplir cette condition d'utilité du risque – de la licéité de son exercice. Pour autant, le principe de prévisibilité apparaît ici déjà largement consacré par le droit positif, qui assortit l'exercice du droit d'un certain nombre de garanties destinées à en éviter la mise en œuvre intempestive.

611. Prévisibilité de l'exercice du droit de rompre les négociations – L'intégration du risque tenant à l'exercice du droit de rompre une relation se manifeste très en amont du contrat lui-même, au stade où les parties en sont encore à discuter des conditions de sa formation. En matière de pourparlers précontractuels placés à l'ombre du principe de liberté contractuelle, les parties conservent en effet la possibilité de rompre jusqu'au moment de la conclusion du contrat. Il ne saurait donc exister d'attente quant à la conclusion du contrat, ce qui explique que la réparation d'une éventuelle rupture abusive ne pourra indemniser la perte de chance de conclure le contrat ainsi que l'avait décidé la célèbre jurisprudence *Manoukian*²¹⁹² consacrée désormais par l'article 1112 du Code civil. Le risque de rupture est donc toujours prégnant à ce stade, mais le principe de prévisibilité implique néanmoins une régulation conduisant à proscrire les comportements incohérents, par application du devoir de bonne foi en sa fonction de norme de comportement. Sur le plan de la définition juridique de la faculté de rompre, celle-ci doit donc résolument être qualifiée non de liberté, mais de simple droit subjectif dont l'exercice se trouve enfermé dans les strictes limites que pose la théorie de l'abus de droit.

612. Prévisibilité du droit de résilier le contrat – Si la résolution est « traditionnellement, [...] présentée comme la sanction de l'inexécution du contrat ou un remède à l'inexécution du contrat »²¹⁹³, l'article 1210 du Code civil qui prohibe les engagements perpétuels et ouvre à chaque partie à un contrat à durée indéterminée une faculté de résiliation²¹⁹⁴, constitue un

²¹⁹² Com. 26 novembre 2003, n°00-10243, n°00-10949 (*Manoukian*), Bull. civ. IV, n°186 : *G.A.J.C.*, n°142. *RTDCiv.*2004.80, obs. MESTRE & FAGES ; *JCP* 2004.I.163, obs. VINEY ; *D.*2004.869 A-S DUPRE-DALLEMAGNE ; *RDC* 2004.257, obs. MAZEAUD. V. aussi : Civ.3, 28 juin 2006, n°04-20040, Bull. civ. III, n°164 : *JCP G* 2006, II, 10130, note O. DESHAYES ; *idem*, I, 66, obs. PH. STOFFEL-MUNCK ; *D.*2006.2963, note MAZEAUD ; *idem*, p. 2639, Pan., S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON.

²¹⁹³ C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », *in. Rep. dr. civ.*, Dalloz, 2010 (à jour : sept. 2017), n°1.

²¹⁹⁴ Sur la distinction nécessaire, de la résiliation de droit commun, et de la résolution ou résiliation pour inexécution : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, Paris II, LGDJ, 2007, n°24 et s. La résiliation est « un mode d'extinction du contrat, une « porte de sortie » offerte aux cocontractants dans le but de leur donner un droit à la liberté, un droit de se désengager » (C. CHABAS, préc., n°2).

risque grave mais nécessaire en offrant une « porte de sortie », un « droit à la liberté »²¹⁹⁵ aux parties²¹⁹⁶. L'exercice de ce droit fait néanmoins l'objet d'un encadrement là encore par application de la théorie de l'abus de droit²¹⁹⁷ qui renvoie à l'appréciation du caractère prévisible ou non de la rupture²¹⁹⁸. L'article 1211 du Code civil, consacrant la jurisprudence antérieure²¹⁹⁹, prévoit désormais pour les contrats à durée indéterminée, à défaut de stipulations *ad hoc*, un délai *raisonnable* de préavis²²⁰⁰, « compte tenu de la nature et de la durée des relations : il doit permettre à l'autre partie de préparer l'après-contrat »²²⁰¹. La formalisation de cette exigence dans les textes va cependant poser la question incontournable de la détermination de la durée de ce préavis²²⁰². Il nous semble que c'est là encore la considération de l'attente légitime de la partie délaissée quant à la pérennité de la relation qui devra être prise en compte par les juges. Ainsi la jurisprudence prend-elle habituellement en considération la durée de la relation contractuelle²²⁰³, notamment en matière commerciale où l'article L. 442-6-I, 5°, du code de commerce dispose qu'« engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait [...] de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit *tenant compte de la durée de la relation commerciale* et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels [...] ».

²¹⁹⁵ *Idem, ibid.*

²¹⁹⁶ C. constit. 9 novembre 1999, n°99-419 DC : *RTDCiv.* 2000.109, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²¹⁹⁷ Civ. 1, 5 février 1985 (n°83-15895), Bull. civ. I, n°54 : *RTDCiv.* 1986.105, obs. J. MESTRE ; Com. 7 octobre 1997, Bull. IV, n°252 : *D.*1998.413, note C. JAMIN ; *idem*, p. 333, obs. D. FERRIER ; *RTDCiv.* 1998.130, obs. P-Y GAUTIER ; *idem*, p. 370, note J. MESTRE ; *JCP* 1998.II.10085, note J-P CHAZAL ; Civ. 1, 21 février 2006, Bull. civ. I, n°82 : *D.*2006.2648, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC* 2006.704, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.* 2006.314, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²¹⁹⁸ Ex. : Com. 5 octobre 2004, n°02-17338, Bull. IV, n°181 : *D.*2005.2844, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *D.*2006.516, obs. D. FERRIER ; *CCC* 2005, n°1, obs. L. LEVENEUR : « attendu qu'en se déterminant par ces motifs, alors que le concédant était en droit de rompre le contrat à tout moment, indépendamment de l'échec de la reprise de la concession, la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le concédant avait fait croire au concessionnaire que le contrat serait poursuivi pour l'inciter à procéder à des investissements, n'a pas donné de base légale à sa décision » (nous soulignons).

²¹⁹⁹ V. entre autres : Com. 8 avril 1986, Bull. IV, n°58 ; Com. 19 novembre 1985, Bull. IV, n°275 ; Com. 19 juin 2001, Bull. IV, n°118 ; Civ. 1, 10 mai 2005, n°02-17256, Bull. civ. I, n° 204 ; *CCC* 2005. Comm. 163, obs. L. LEVENEUR.

²²⁰⁰ V. aussi l'article R. 112-2, 4° du code de la consommation qui présume abusives la clause ayant pour objet ou effet de « reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ».

²²⁰¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 522, n°916 ; V. aussi : C. CHABAS, *préc.*, n°298.

²²⁰² N. DISSAUX, C. JAMIN, *op. cit.*, p. 115.

²²⁰³ V. par ex. : Com. 22 octobre 2013 : *D.*2013.2516, qui a pu décider que « l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction qui statue sur la rupture de relations commerciales établies d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale » et ramener le délai stipulé de 24 mois à 6 en raison de la faible ancienneté du contrat.

613. Prévisibilité de la résolution pour inexécution – Par dérogation à l'exigence d'une intervention judiciaire²²⁰⁴, la jurisprudence admettait de longue date la possibilité pour une partie de résoudre unilatéralement le contrat, à durée indéterminée ou non²²⁰⁵, lorsque « la gravité du comportement d'une partie à un contrat »²²⁰⁶ le justifie. Cette possibilité a fait l'objet d'une consécration à l'article 1226 du Code civil qui dispose « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement *dans un délai raisonnable* ». La même condition se retrouve donc, tempérant le risque que fait peser l'unilatéralisme de la rupture sur la situation du cocontractant : à défaut de préavis suffisant, la rupture sera en effet considérée comme abusive.

614. Conclusion de la sous-section 1 relative à la prévisibilité favorisée – Dans certaines hypothèses le droit va favoriser l'intégration du risque dans le contrat. Il s'agira alors d'évaluer l'utilité du risque ainsi contractualisé, ce qui revient à apprécier préalablement *sa prévisibilité*. De ce point de vue, il conviendrait de mettre en place les conditions d'une prévisibilité du prix à l'instar de ce qui est prévu par l'article 1163 al. 2 du Code civil en ce qui concerne le contenu du contrat.

La prévisibilité sera évidemment tributaire d'une information adéquate, mais qui ne doit pas contribuer à faire peser sur le débiteur de cette information un risque imprévisible. L'on proposera à cette fin une modification de l'alinéa 1^{er} de l'article 1112-1 du Code civil qui comprenne une pondération du devoir d'information par une application croisée de l'exigence de prévisibilité du risque : « *celle des parties qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait ou devrait savoir qu'elle a une importance déterminante pour le consentement de l'autre partie, doit l'en informer dès lors que celle-ci l'ignore légitimement et peut en attendre raisonnablement la communication de sa part* ».

²²⁰⁴ Sur ce point, et les raisons de ce pouvoir du juge sur la résolution : cf. T. GENICON, *op. cit.*, p. 375 et s.

²²⁰⁵ Civ. 1, 20 février 2001 (n°99-15170), Bull. civ. I, n°40 ; D.2001.1568, note C. JAMIN ; *idem*, p. 3239, obs. D. MAZEAUD ; *RTDCiv.*2001.363, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²²⁰⁶ Civ. 1, 13 octobre 1998, n° 96-21485, « *Toqueville* », Bull. civ. I, n°300 : D.1999.115, obs. Ph. DELEBECQUE ; D.1999.197, note C. JAMIN ; *JCP* 1999.II.10133, note N. RZEPECKI ; *Deffrénois* 1999.374, note D. MAZEAUD ; *RTDCiv.*1999.394, obs. J. MESTRE ; *RTDCiv.*1999.506, obs. J. RAYNARD. Sur cette notion : V. T. GENICON, *op. cit.*, p. 273 et s.

Sous-section 2 : La prévisibilité empêchée

615. Introduction – La liberté est un principe essentiel mais qui n'est pas sans limites. L'article 4 de la *Déclaration de droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 la définit en effet *comme une faculté bornée* « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». Il en va ainsi de la liberté contractuelle comme de toute autre liberté. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs eu l'occasion de fixer les termes de la coexistence entre la loi et la liberté : liberté d'entreprendre dans un premier temps²²⁰⁷, liberté contractuelle proprement dite dans un second temps. Dans sa décision du 13 juin 2013²²⁰⁸, le Conseil déclarait ainsi inconstitutionnelle une disposition de la loi relative à la sécurisation de l'emploi qui imposait aux entreprises non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire mais encore le choix de l'organisme de prévoyance de leurs salariés : en effet s'« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, [ce n'est qu'] à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ». Ce faisant, la liberté contractuelle trouvait là sa consécration au plus haut niveau de la hiérarchie des normes²²⁰⁹, tandis qu'était en même temps posée une limite à son exercice : la loi peut lui fixer un certain nombre de bornes justifiées *soit par l'intérêt général* (ordre public politique ou ordre public de direction²²¹⁰), *soit encore par l'intérêt particulier des contractants* (ordre public de protection) : selon la belle expression de CARBONNIER l'ordre public est « une présence : la présence d'un être moral, le peuple (*publicus de populus*), la société, l'Etat, dans l'espace ouvert à la liberté des contrats. L'Etat adresse un rappel à l'ordre aux cocontractants s'ils veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles »²²¹¹.

616. Le droit, obstacle à la prévisibilité – Or il existe certaines hypothèses dans lesquelles les parties vont chercher à mettre en place un avenir prévisible par le biais des stipulations contractuelles, mais où cette prévisibilité apparaîtra *en tant que telle* comme néfaste. Le

²²⁰⁷ Cons. constit. 16 janvier 2001, n° 2000-439 DC.

²²⁰⁸ Cons. const. 13 juin 2013, n°2013-672 DC, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*.

²²⁰⁹ Cf. *supra*.

²²¹⁰ Pour un aperçu synthétique de ces distinctions : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 2038 et s.

²²¹¹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. *Quadrages*, 1^{ère} éd., 2004, n°984.

doute, ou l'ignorance, est en effet parfois plus profitable que l'absence de doute²²¹² : l'on songera par exemple aux prohibitions posées par la loi en matière d'établissement d'une filiation incestueuse, de recherche des antécédents génétiques de l'assuré pour mieux prévoir les risques pesant sur sa santé²²¹³, etc. Non seulement il apparaît que l'on ne peut, en raison des limites mêmes de la nature humaine, tout prévoir, mais, parfois le droit empêche de trop prévoir en créant « une imprévisibilité d'ordre public »²²¹⁴ : « c'est donc une prévision matériellement possible ou l'utilisation de cette prévision qui est prohibée, créant artificiellement une imprévisibilité d'ordre public, mise en place et préservée par la loi pour la protection d'un intérêt supérieur »²²¹⁵. L'application de l'ordre public contractuel va donc dans de tels cas interdire la conclusion du contrat – alors même que parfois celle-ci pourrait sembler utile aux parties. Le droit réinvestit donc le contrat contre la liberté, et contre la prévisibilité, prônant au contraire une persistance de l'imprévisibilité comme meilleure garantie des intérêts individuels ou de l'intérêt général. Un auteur souligne que dans ce cas « l'imprévisibilité devient alors positive, utile, voire nécessaire pour protéger un intérêt supérieur au droit de savoir »²²¹⁶.

617. Annonce du plan – Un certain nombre de limites vont donc venir borner l'exercice par les parties de leur liberté contractuelle. L'établissement d'une prévisibilité contractuelle pourra être empêchée, soit en considération de l'intérêt individuel (§1), soit en considération de l'intérêt général (§2).

§1 : L'intérêt individuel

618. Diversité des dangers – La prévisibilité que les contractants cherchent à atteindre par la conclusion du contrat est souvent bénéfique. Elle peut parfois être néfaste, voire représenter un *danger*, qu'il soit matériel, patrimonial ou même, parfois, physique. La notion de *danger* est vaste : nous pensons qu'il convient de ne pas la circonscrire au seul risque juridique, mais d'y englober *l'ensemble des éventualités pouvant entraîner des conséquences néfastes pour*

²²¹² V. par ex. J-F CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIE, éditions Panthéon Assas, 2003, spéc. p. 39 et s. sur la protection du doute du juge qui est nécessaire pour garantir un procès juste.

²²¹³ V. par ex. : F. EWALD, « Génétique et assurance », *RGDA* 1999, n°3, p. 539. V. aussi : J. HEINICH, *op. cit.*, p. 454 qui justifie ce maintien autoritaire d'une imprévisibilité sur le fondement du principe d'égalité.

²²¹⁴ J. HEINICH, *op. cit.*, p. 425, qui relève que « cette limitation légale de l'action des personnes sur le futur, en les maintenant dans l'ombre, est étonnante de la part d'un droit ordinairement plus attaché à la sécurité et à la prévisibilité qu'à la promotion de l'inconnu ».

²²¹⁵ *Idem, ibid.*

²²¹⁶ *Idem*, p. 488.

les personnes qui se confrontent dans le contrat. Il va de soi que le champ sera alors plus vaste pour les personnes physiques contractantes que pour les personnes morales, puisque celles-là ont cette dimension supplémentaire susceptible d'être atteinte, que n'ont pas celles-ci. Le danger donc, pour les personnes physiques contractantes pourra être juridique, financier, patrimonial, ou encore physique, social, psychologique, etc. A l'inverse, la personnalité juridique désincarnée des personnes morales, restreint d'autant le domaine d'emprise du danger. Il existe donc des hypothèses dans lesquelles le législateur est venu interdire purement et simplement la conclusion de certains contrats. Ces hypothèses sont rares, mais doivent être soulignées.

619. La prohibition des pactes sur succession future – La question des pactes sur succession future offre un exemple mêlé de dangers justifiant une action préventive radicale du droit. Par exception à la possibilité de conclure des conventions portant sur des choses futures²²¹⁷, l'ancien article 1130 du Code civil prohibait les pactes sur succession future, en écho à l'article 722 du droit des successions. Cette prohibition, désormais disparue en tant que telle du droit des contrats à la suite de la réforme – mais comprise néanmoins de façon indirecte dans l'ordre public visé à l'article 1162 – visait à prévenir l'immoralité qu'il y aurait, et les dangers évidents qui s'ensuivent pour le *de cuius*, à spéculer sur la répartition du patrimoine de quelqu'un antérieurement à son décès, au risque de donner certaines idées à des personnes mal intentionnées. Ainsi, l'origine de la prohibition peut être trouvée dans le droit romain, qui répugnait à de tels pacte *ante mortem* en raison notamment de « la crainte de la spéculation sur la mort d'une personne vivante et de l'incitation au souhait de cette mort (*votum mortis*) »²²¹⁸. Cela fait en effet peser sur le *de cuius* un danger finalement très physique, mais aussi, patrimonial : il convient en effet d'assurer « la sauvegarde de l'égalité successorale et de la réserve » dans la mesure où de telles conventions pourraient conduire, en anticipant le règlement successoral avant même de connaître la consistance définitive de la masse à partager (qui n'est définitivement constituée qu'au décès), à flouer un héritier dans ses droits. Enfin, d'un point de vue purement juridique, la prohibition de tels pactes se justifie par « la protection du consentement des héritiers, qui ne connaissent pas encore l'étendue de leurs droits éventuels », dans la mesure où en optant dès à présent, ceux-ci prennent le risque de consentir à un règlement sans avoir une vue exacte de la situation sur laquelle ils consentent. La prohibition apparaît donc large, sous réserve de quelques exceptions : clause commerciale,

²²¹⁷ Article 1163 du Code civil.

²²¹⁸ I. NAJJAR, « Pacte sur succession future », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2012 (à jour : janv. 2015), n°8.

pacte tontinier, etc.²²¹⁹ : « sont prohibées non seulement toute renonciation à une succession non ouverte (art. 1130 et 1389) et l'aliénation d'un droit éventuel à une telle succession, mais aussi la conclusion de toute convention ayant pour "objet de créer des droits [...] sur tout ou partie d'une succession non ouverte ou d'un bien en dépendant" (art. 722 nouv.) et toute stipulation y relative (art. 1130), même avec le consentement de celui de la succession dont il s'agit "que dans les conditions prévues par la loi" (mod. L. n° 2006-728 du 23 juin 2006) »²²²⁰.

620. Evolution vers une prévisibilité encadrée – Au début du XX^e siècle déjà, Marcel NAST affirmait que « ce serait conserver une règle qui n'est plus en harmonie avec les nécessités actuelles. Et l'on sait combien il est mauvais de conserver dans les lois des principes dont les mœurs demandent la disparition : c'est se faire une fausse conception du rôle du législateur et mal comprendre ce que c'est que le droit. D'ailleurs, tôt ou tard, ces principes finissent par disparaître : ils n'ont plus qu'une valeur théorique, car la pratique invente mille moyens pour ne plus les appliquer. (...) La prohibition de ces conventions, avec le caractère absolu qu'elle a dans notre code, ne se justifie plus : elle est surannée »²²²¹. De fait on constate un recul constant de la prohibition des pactes sur succession future, notamment depuis l'introduction par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités de la renonciation anticipée à l'action en réduction et de la renonciation à l'exercice de l'action en retranchement jusqu'au décès de l'époux survivant²²²². CAPITANT avait déjà souligné la différence existant entre les pactes *post mortem* autorisés²²²³ et les pactes sur succession future prohibés²²²⁴, mais désormais « l'anticipation d'un ordre des décès imprévisible peut être réalisée dans de nombreuses hypothèses »²²²⁵. La jurisprudence a ainsi admis la validité de la *clause de tontine*²²²⁶ (qui est « celle dans laquelle l'immeuble acquis en commun par deux personnes restera appartenir au survivant d'entre elles, la part du prémourant venant "accroître" à celle du survivant »²²²⁷) en la qualifiant de pacte *post mortem*²²²⁸ ; ou d'une

²²¹⁹ Sur ces hypothèses : *idem*, n°139 et s.

²²²⁰ *Idem*, n°29.

²²²¹ M. NAST, *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future*, Histoire, Droit civil moderne, Législation : Paris, 1905 (cité par N. BAILLON-WIRTZ, *in*. « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? – À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Rev. dr. de la famille*, nov. 2006, étude n°44, n°1.

²²²² N. BAILLON-WIRTZ, *préc.*, n°17 et s.

²²²³ Civ. 1, 17 mars 1987, n°85-16484 : *JCP N* 1988, p. 12, note Ph. SALVAGE ; *RTDCiv.*1987.784, obs. J. PATURIN.

²²²⁴ H. CAPITANT, note sous Paris, 21 février 1930 : *DP.*1931.2.1.

²²²⁵ J. HEINICH, *op. cit.*, p. 306, n°325.

²²²⁶ Sur laquelle : J. THIERRY, « La clause d'accroissement dite clause de tontine », *D.*1994.417 ; T. REVET, « Clause de tontine », *RTDCiv.*2002.542 ; V. EGEEA, « La clause d'accroissement », *in*. J. MESTRE, J-C RODA (s. la dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso, 2011, p. 45.

²²²⁷ J. THIERRY, *préc.*, n°2.

clause commerciale (« par laquelle l'époux qui possède en propre un fonds de commerce, confère à son conjoint, si celui-ci lui survit, le droit de prélever ce fonds sur l'actif de la succession, à charge de fournir aux héritiers une indemnité, ordinairement fixée par expertise »²²²⁹) autorisée par les articles 1390 à 1392 du Code civil²²³⁰.

Pour autant « le régime des pactes sur succession future continue de s'organiser autour de deux propositions : une prohibition générale et une série d'exceptions expressément définies par le législateur, qui si elles sont plus nombreuses et conséquentes, n'amorcent pas pour autant le démantèlement d'un des derniers principes qui dominent le règlement successoral »²²³¹.

621. L'encadrement strict des contrats de rente viagère – La même préoccupation semble motiver l'encadrement dont font l'objet les contrats de rente viagère. L'organisation d'une prévisibilité du terme dont est assortie l'obligation de verser la rente, et dont dépend donc l'intérêt du débit-rentier, peut en effet apparaître comme une source de risque, d'une part évidemment pour l'intégrité physique du crédit-rentier pour des raisons similaires à celles évoquées à propos des pactes sur succession future, mais aussi pour son patrimoine, dans la mesure où un décès prématuré viendrait priver d'intérêt le dépouillement anticipé du bien. Pourtant de tels contrats ont aussi une utilité indéniable dont le codificateur avait bien conscience : PORTALIS disait ainsi « dira-t-on que l'usage des rentes viagères habitue les hommes à calculer froidement sur la vie et sur la mort de leurs semblables, et peut leur inspirer des affections contraires à l'humanité ? Mais combien d'institutions civiles peuvent donner lieu aux mêmes inconvénients et aux mêmes calculs ! »²²³².

La licéité de tels contrats devait alors composer avec un encadrement de la prévisibilité ainsi organisée : le critère de la licéité se fondera alors sur l'existence d'une incertitude, c'est-à-dire que la prévisibilité organisée par le contrat, par le biais notamment du recours aux tables de mortalité, ne devra pas permettre d'atteindre néanmoins la certitude²²³³. L'article 1975 du Code civil prévoit pour ces raisons la nullité « du contrat par lequel la rente a été créée sur la tête d'une personne atteinte de la maladie dont elle est décédée dans les vingt jours de la date

²²²⁸ Ch. mixte, 27 novembre 1970, n°68-10452 : *G.A.J.C.*, n°134-137; D.1971.81 et *Defrénois* 1971.29786, concl. R. LINDON ; *JCP G* 1971.II.16823, note H. BLIN ; *RTDCiv.*1971.400, obs. R. SAVATIER ; *idem*, p. 620, obs. NERSON.

²²²⁹ I. NAJJAR, préc., n°156.

²²³⁰ Sur ce point : *idem*, n°162 ; N. BAILLON-WIRTZ, préc., n°16 ; J. HEINICH, *op. cit.*, p. 308, n°328.

²²³¹ *Idem, ibid.*

²²³² F. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par J-E-M PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, p. 288.

²²³³ Sur les rapports entre le prévisible et le certain : cf. *supra* not. n°9 et s.

du contrat ». La jurisprudence a eu l'occasion de préciser que c'était alors *la trop grande prévisibilité (confinant à la certitude) qu'organisait le contrat qui était au fondement de l'interdiction* : il suffit en effet que le débit-rentier ait eu connaissance de la gravité de l'état de santé du crédit-rentier au moment de la conclusion du contrat²²³⁴. Il y aurait dans ce cas en effet une absence d'aléa, ce qui n'est pas le cas « si les juges du fond ont souverainement apprécié que la preuve était rapportée que les acquéreurs ignoraient l'imminence du décès de la venderesse et décidé que la vente moyennant rente viagère présentait ainsi un caractère aléatoire pour les acquéreurs »²²³⁵. *Il faut donc, pour qu'un aléa suffisant existe, que le décès apparaisse suffisamment incertain*. A défaut, le contrat ne pourra produire d'effet.

622. Prohibition des engagements perpétuels – La prohibition générale des engagements perpétuels offre également un exemple d'exclusion du contrat en raison du danger qu'il peut représenter pour les contractants. L'article 1210 du Code civil, qui en dispose désormais vise en effet à empêcher que puisse naître une relation *dans laquelle la liberté des parties se trouverait aliénée au point qu'elles ne puissent plus se défaire d'un contrat auquel elles auraient librement consenti* (ce qui constitue finalement un paradoxe), avec tout ce que cela suppose de néfaste pour des intérêts désormais pris au piège : « la seule liberté [...] déniée à l'homme était celle, précisément, de renoncer à sa liberté : nul n'était admis, par l'exercice de sa liberté présente, à aliéner sa liberté future. L'idée est de nature à fonder la consécration d'un principe général de prohibition des engagements perpétuels qui n'apparaît que dans certaines dispositions particulières du Code civil »²²³⁶. Des auteurs ont proposé d'atténuer la rigueur de la règle en fonction de la nature de l'obligation et de la personne juridique qui s'y trouve assujettie, notamment de sa qualité de personne physique ou morale²²³⁷. Il est certain en effet que le *danger*, qui justifie la prohibition de certaines recherches d'une prévisibilité par les contractants, n'est pas le même en fonction de la qualité de la personne considérée. Quoi qu'il en soit, la loi interdit non seulement la conclusion de contrats conclus à perpétuité, mais encore ceux dont la durée prévue serait excessivement longue, ou encore ceux « dont le renouvellement ou la prorogation illimitée dépend de la volonté d'une seule partie sans que

²²³⁴ Civ. 1, 16 avril 1996 : D.1996.584, note DAGGORNE-LABBE ; *Deffrénois* 1996.1078, obs. A. BENABENT.

²²³⁵ Civ. 3, 22 mars 1977, Bull. civ. III, n°145.

²²³⁶ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations. I. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 16^e éd., coll. Sirey Université, Sirey, 2014, p. 300, n°292.

²²³⁷ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 449.

l'autre ne puisse s'y opposer »²²³⁸. La loi ouvre donc une faculté de résiliation unilatérale, tant dans les contrats perpétuels²²³⁹, que dans les contrats à durée indéterminée²²⁴⁰.

Or ce faisant, les dispositions légales elles-mêmes créent un risque dans la situation contractuelle, contre la prévisibilité qu'avaient sans doute souhaitée les contractants qui auraient convenu en sens contraire. L'article 1211 du Code civil s'attache donc à instaurer *une prévisibilité légale du processus de libération* : « [...] chaque partie peut y mettre fin à tout moment, sous réserve de respecter le délai de préavis contractuellement prévu ou, à défaut, un délai raisonnable ». Dans les deux cas il semble que l'exigence de prévisibilité soit respectée : le délai raisonnable en effet, malgré l'appréciation standardisée qu'il suppose, devra tenir compte de la durée de la relation contractuelle et du « temps nécessaire à la réorganisation »²²⁴¹. A défaut, la rupture sera jugée abusive.

623. Interdiction des cessions globales d'œuvres futures – Aux termes de l'article L. 131-1 du code de la propriété intellectuelle, « la cession globale d'œuvres future est nulle ». En effet, une telle cession, qui concède au cessionnaire viserait à aliéner, non pas la force de travail comme dans une relation classique de contrat de travail, mais la faculté créatrice qui est « une qualité non séparable de la personne »²²⁴², ce qui reviendrait à « admettre une aliénation partielle de la personne »²²⁴³. En outre, il semble qu'une telle convention serait en contradiction avec l'exigence de détermination ou de déterminabilité de l'objet du contrat²²⁴⁴. Pourtant la prohibition semble pouvoir être justifiée aussi par la considération du danger qu'elle ferait peser sur les parties²²⁴⁵ : non seulement pour le créateur lui-même qui se placerait ainsi en dépendance par rapport à celui à qui il aurait ainsi remis son avenir créatif, mais aussi pour le cessionnaire, dès lors que « le créateur cède, à la limite, une simple expectative, entièrement dépendante de sa bonne volonté »²²⁴⁶. Le risque est en effet ici que, cédant par avance ses droits sur sa propre production, l'auteur se trouve enfermé dans une relation contractuelle qui ne valoriserait peut-être pas suffisamment son œuvre, sans pouvoir

²²³⁸ *Idem, ibid.*

²²³⁹ Article 1210 alinéa 2 du Code civil.

²²⁴⁰ Article 1211 du Code civil.

²²⁴¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 449. V. aussi l'article L. 442-6 5° du code de commerce, qui engage la responsabilité de l'auteur d'une rupture « sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels »

²²⁴² *Idem, ibid.*

²²⁴³ *Idem, ibid.*

²²⁴⁴ S. DENOIX DE SAINT-MARC, *Le contrat de commande en droit d'auteur français*, Litec, 1999, n°460 et s.

²²⁴⁵ P-Y GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. droit fondamental, 10^e éd., 2017, p. 542.

²²⁴⁶ *Idem*, p. 543-544.

bénéficiaire des avantages que lui procurerait une mise en concurrence de l'exploitant. Quant à celui-ci, la potestativité en quelque sorte de l'engagement du cédant le met en situation de conclure une relation dans laquelle son profit escompté dépendrait finalement de l'humeur de son cocontractant, et l'on sait combien les artistes peuvent être d'humeur changeante...

624. Une prévisibilité néfaste – Dans chacun des exemples évoqués, l'on constate que les contractants entendraient, en concluant le contrat, assurer une prévisibilité juridique accrue de leur avenir, qui parfois peut leur sembler bénéfique à court terme (le cas de la cession globale d'œuvre future). *Pourtant, cette trop grande prévisibilité apparaît en réalité comme un danger, parfois même une aliénation (le cas des engagements perpétuels), et en considération du risque, jugé disproportionné, que prendraient les parties en se liant de la sorte, l'ordre public contractuel va leur opposer une interdiction.* Mais il existe d'autres hypothèses dans lesquelles ce n'est pas la convention conclue qui crée un risque si disproportionné qu'il motive une prohibition légale : le contrat n'est pas alors le risque, mais il le *prend pour objet* alors même que la prévisibilité qu'il tente d'organiser heurterait l'ordre public.

§2 : L'intérêt général

625. Confrontation de l'intérêt particulier et de l'intérêt général – Il est des hypothèses dans lesquelles l'organisation d'une prévisibilité juridique recherchée par les parties dans leur intérêt propre – ou dans l'intérêt de l'une d'entre elles – serait de nature à heurter l'intérêt général dont le législateur doit être le garant. Dans de tels cas, « l'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu. L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrat »²²⁴⁷.

L'article 6 du Code civil dispose ainsi qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Cette prohibition est sanctionnée par la nullité absolue de la disposition contrevenante. Le domaine de l'ordre public est vaste, mais il est possible de distinguer l'ordre public politique visant la « défense des institutions essentielles de la société contre les atteintes que pourraient leur porter les initiatives, non contrôlées, des contractants »²²⁴⁸, et l'ordre public économique dans sa fonction de *direction* c'est-à-dire, par opposition à l'ordre public de protection, l'ensemble

²²⁴⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadriges, 1^{ère} éd., 2004, n°984, p. 2037.

²²⁴⁸ J. FLOUR, J-L AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 290, n°281.

des règles impératives qui « tendent à réaliser une organisation et un équilibre économiques, que la liberté n'assure pas ; elles sont édictées dans l'intérêt général, *au besoin contre les intérêts particuliers, même concordants, des parties* »²²⁴⁹. De même l'article 1162 du Code civil, dont on a pu dire qu'il servait à assurer « le contrôle de la conformité sociale » du contrat²²⁵⁰ conduit à scruter au-delà de la manifestation de volonté les aspirations intimes²²⁵¹ qui l'ont déterminée, et à exclure, au nom d'un intérêt supérieur, toute possibilité de satisfaction juridique de certains intérêts particuliers. Ce rôle modérateur, que l'on trouvait autrefois dévolu à la cause par le biais de l'ancien article 1131 (« l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ») a donc perduré à travers la réforme²²⁵².

626. Jeu et paris – L'exemple de la réglementation stricte dont font l'objet les conventions de jeu et les paris est éclairant. Cette rigueur peut trouver à s'expliquer d'abord et de manière évidente par toutes les conséquences néfastes que le jeu peut entraîner sur le plan psychologique ou même physique: dépendance, isolement, exacerbation des rivalités²²⁵³. Il est en outre évident que l'éventualité de déséquilibre financier dont sont porteuses de telles opérations justifie également leur prohibition de principe.

Mais au-delà de ces conséquences néfastes pour les joueurs, il semble que la prohibition de principe repose sur le fait que *le jeu emporte également une atteinte à l'intérêt général*. La préoccupation est ancienne, et PORTALIS dressait en ce temps déjà le réquisitoire implacable de tels contrats, dont la nature même heurte l'intérêt de la société tout entière : « que font deux joueurs qui traitent ensemble ? Ils se promettent respectivement une somme déterminée, dont ils laissent la disposition à l'aveugle arbitrage du hasard. Où est donc la cause de l'engagement ? on n'en voit aucune. Le désir et l'espoir du gain sont pour chaque partie les seuls mobiles du contrat. Ce désir et cet espoir ne s'attachent à aucune action ; ils ne supposent aucune réciprocité de services : chaque joueur n'espère que de sa fortune, et ne se

²²⁴⁹ *Idem*, p. 305-306, n°297.

²²⁵⁰ E. SAVAUX, « Le contenu du contrat », *in*. « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Observations et propositions de modifications », *JCP G* 2015 (supplément au n°21), p. 22.

²²⁵¹ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 262.

²²⁵² Sur les lacunes de la nouvelle rédaction issue de la réforme V. : T. GENICON, « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015.631, qui relève « de graves lacunes techniques », tout en relevant que ses utilités anciennes se trouvent toutes consacrées par l'ordonnance... ce qui peut conduire à s'interroger sur la pertinence d'une suppression du mot lui-même.

²²⁵³ F. GUERCHOUN, « Jeu-pari », *in*. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014 (à jour : juin 2016) n°5. Cf. « Exposé des motifs du 14 ventôse an XII » *in*. P-A FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIV, 1836, Videcoq, Paris, p. 535.

repose que sur le malheur d'autrui. A la différence des contrats ordinaires qui rapprochent les hommes, les promesses contractées au jeu les divisent et les isolent »²²⁵⁴. Le jeu disait-il encore « dispose les hommes à la dureté »²²⁵⁵, il « favorise l'oisiveté, en séparant l'idée du gain de celle du travail »²²⁵⁶, produit des « révolutions subites [...] dans le patrimoine des familles particulières, au détriment des mœurs publiques et de la société générale »²²⁵⁷...

Dès lors, *le droit refusera aux parties toute possibilité d'organiser la prévisibilité juridique de leur relation*. L'article 1965 du Code civil dispose en effet que « la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari ». Cela revient en effet à priver d'effet le hasard ou l'incertitude contractualisés : à défaut d'être en mesure de prévoir les modalités de sa réalisation juridique, à tout le moins contentieuse, *la convention ainsi conclue demeure imprévisible et donc en grande partie dénuée d'intérêt*.

627. Prohibition de l'assurance contre les conséquences pénales d'une infraction – L'on pourrait citer également l'exemple de contrats d'assurance qui seraient conclus afin de prémunir l'assuré des conséquences pénales de son infraction. Voilà un risque, qui peut représenter une indétermination particulièrement néfaste pour les intérêts individuels (l'on songe à la possibilité de retrait de permis de conduire à la suite d'une infraction routière qui peut entraîner de graves répercussions dans le domaine professionnel), dont il serait possible d'organiser le transfert via un mécanisme de type assurantiel. Or une telle prévisibilité des conséquences du risque de condamnation heurte évidemment l'intérêt général, dans la mesure où elle contribue à l'affaiblissement de l'effectivité des règles pénales en encourageant leur violation. Non seulement un tel contrat tomberait assurément sous le coup des articles 6 et 1126 du Code civil, dans la mesure où la sanction assurant l'effectivité de la règle de droit, se prémunir conventionnellement contre elle revient en réalité à écarter *de facto* l'application effective de la règle²²⁵⁸. Or les règles pénales sont d'ordre public²²⁵⁹, et l'on serait bien alors en présence d'une « convention particulière »²²⁶⁰ dérogeant à l'ordre public, si ce n'est pas ses stipulations expresses (le pouvoir de l'imagination humaine est grand pour organiser la fraude

²²⁵⁴ F. PORTALIS, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par J-E-M PORTALIS, Paris, Joubert, 1844, p. 282.

²²⁵⁵ Cf. P-A FENET, *op. cit.*, p. 535.

²²⁵⁶ F. PORTALIS, *op. cit.*, p. 283 ; P-A FENET, *op. cit.*, p. 535.

²²⁵⁷ *Idem, ibid.*

²²⁵⁸ Sur ce sujet V. not. : R. SCHULZ, *L'intervention de l'assureur au procès pénal – Contribution à l'étude de l'action civile*, th. Nancy, 2009, n°722.

²²⁵⁹ V. S. CIMAMONTI, « L'ordre public et le droit pénal », in. *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996, p. 89 et s.

²²⁶⁰ Article 6 du Code civil.

autrement que de façon expresse), du moins par son but²²⁶¹. En outre, il semble qu'une telle opération violerait l'article 121-1 du Code pénal et le principe de personnalité des peines²²⁶².

Une affaire avait ainsi défrayé la chronique à propos de l'application de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public : un homme d'affaire proposait ainsi de régler les amendes infligées aux femmes verbalisées par les forces de l'ordre, sur le fondement de ce texte, en raison du port du voile islamique intégral. En réaction l'article 175 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a donc créé une infraction *ad hoc* (« le fait d'annoncer publiquement la prise en charge financière des amendes, frais, dommages-intérêts et autres sommes mentionnés au premier alinéa du présent article est sanctionné des mêmes peines ») venant compléter le texte de l'article 40 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui prévoyait déjà l'interdiction « d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, en matière criminelle et correctionnelle, ainsi qu'une transaction prévue à l'article 529-3 du code de procédure pénale, sous peine de six mois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement ».

Néanmoins le droit admet la possibilité d'assurer les conséquences civiles de l'infraction, mais « ce principe est tempéré par deux limites qui sont la faute intentionnelle de l'assuré et la contrariété du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs »²²⁶³. En effet, dans ce cas, l'effectivité de la sanction pénale ne se trouve pas atteinte, et l'ordre public cède la place à la liberté contractuelle des parties pour contractualiser le risque.

628. Contrats imposés – Un dernier exemple où l'organisation conventionnelle de la prévisibilité se trouve empêchée au nom de la contrariété ainsi portée à l'intérêt général peut être trouvé dans les hypothèses où la loi, à des fins de protection de certaines parties (l'on est alors dans un ordre public social dit de protection), mais aussi dans sa mission de direction économique (ordre public de direction) impose que les parties souhaitant contracter se soumettent à un type de contrat prédéfini par la loi et qui prend alors la forme d'un *statut*. Le droit immobilier impose ainsi le statut des baux d'habitation est aujourd'hui essentiellement régi par la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière, à

²²⁶¹ Article 1126 du Code civil.

²²⁶² Cons. constit., 16 juin 1999, n° 99-411 DC qui le rattache aux articles 8 et 9 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789. V. sur ce point : R. SCHULZ, *op. cit.*, n°721.

²²⁶³ R. SCHULZ, *op. cit.*, n°730.

laquelle il n'est pas possible de déroger conventionnellement. Ainsi, dans une affaire²²⁶⁴ où les parties à un bail d'habitation avaient soumis leur convention au statut de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948, plus protectrice du preneur, en dérogeant ainsi au statut de la loi de 1986 qui devait normalement trouver à s'appliquer eu égard aux caractéristiques de l'immeuble objet du contrat, les juges du fond avaient relevé « que l'adoption de ce régime profitait à *chacune des parties*, aux locataires *en assurant le maintien dans les lieux*, et au bailleur en le dispensant d'effectuer dans le studio dépourvu de tout confort les travaux de mise aux normes minimales fixées par le décret du 6 mars 1987, et qu'admettre l'application de la loi du 6 juillet 1989 [...] romprait l'équilibre du contrat par la volonté unilatérale d'une des parties ». Il s'agissait donc essentiellement par cet arrangement conventionnel de s'assurer une prévisibilité plus grande en profitant notamment du droit au maintien dans les lieux prévu par les articles 4 et suivants de cette loi. Pourtant, et nonobstant le fait que dans cette affaire la soumission à ce régime plus protecteur satisfaisait les intérêts de toutes les parties, qui y avaient du reste consenti, la troisième chambre civile, dans un arrêt du 19 mars 2003, a cassé cette décision au motif « que les dispositions de l'article 25 de la loi du 23 décembre 1986, d'ordre public, ne peuvent être écartées par la soumission conventionnelle d'un bail à la loi du 1er septembre 1948 ».

629. Conclusion de la sous-section 2 relative à la prévisibilité empêchée – Le principe de liberté contractuelle connaît des limites dans l'aménagement d'un avenir contractuel prévisible. Celles-ci tiennent à la contrariété éventuelle de cette prévisibilité avec certaines considérations d'ordre public, qu'elles tendent à protéger des intérêts particuliers (ordre public de protection) ou l'intérêt général (ordre public politique et ordre public économique de direction). Il est néanmoins possible de relever un certain recul de ces prohibitions, notamment en ce qui concerne les pactes sur succession future, et donc une avancée des possibilités de création d'une prévisibilité par la voie conventionnelle. Mais d'une manière générale le constat s'impose d'une certaine relativité du renvoi par la loi à un traitement conventionnel du risque : celui-ci ne pourra s'exercer qu'au sein d'un certain cadre qui lui est tracé par l'ordre public, et par des considérations tenant à la justice des conventions. La liberté des parties n'est donc pas sans limites, et la mise en œuvre d'une prévisibilité conventionnelle demeure soumise à certaines prohibitions, et à un contrôle *a posteriori*.

²²⁶⁴ Civ. 3, 19 mars 2003, n°01-12529, Bull. civ. III, n°64 : *AJDI* 2003.418, obs. ROUQUET.

630. Conclusion de la section 1 relative à la prévisibilité du risque – Le droit exerce un premier contrôle de la régulation conventionnelle du risque en évaluant en amont l'utilité de ce risque, et en posant un certain nombre d'interdictions lorsque cette prévisibilité apparaît au contraire comme néfaste, pour les parties elles-mêmes ou pour l'ordre social ou économique. Or l'utilité du risque apparaît commandée, non seulement par sa fin (création ou accroissement d'un gain, évitement d'une perte, etc.) mais encore *par sa prévisibilité*.

Une fois le risque intégré au sein du *negotium*, un deuxième type de contrôle va se mettre en place, dans la mesure où celui-ci peut, en tant que tel, receler une source de risques pour les contractants. L'évaluation de l'imprévisibilité du contrat se trouvera alors certes fondée sur la considération de la justice devant régner dans les conventions, mais le principe de prévisibilité apparaît alors comme une pondération souhaitable de l'interventionnisme du droit.

Section 2 : La prévisibilité du contrat

631. Concilier la liberté et la justice contractuelles – Il est d'une part indéniable que la tradition française est fondée sur la liberté contractuelle, et donc sur ce principe corollaire essentiel que ce qu'ont voulu les parties doit être respecté parce qu'elles l'ont voulu. Mais cette tradition volontariste doit être conciliée avec une autre exigence tout aussi forte qui est *la justice des conventions*, à laquelle le juge doit veiller *secundum legem*. Or ces deux objectifs – liberté et justice – s'avèreront très souvent contradictoires puisque le juge, pour rétablir *a posteriori* la justice contractuelle, sera toujours conduit à porter atteinte à ce qui avait été voulu comme intangible par les parties...

Qu'est-ce que la liberté contractuelle ? Ou plutôt, de façon moins théorique et plus techniques : quelles sont les conditions pour que puisse exister et s'épanouir cette liberté ? D'une part la liberté exige que soient éliminés l'ensemble des obstacles s'interposant entre l'intelligence qui va déterminer l'émission de la volonté et le réel. Or cela implique d'une part la « connaissabilité » du réel présent, et la prévisibilité du réel à venir, de façon à ce que chacun maîtrise autant qu'il est possible l'ensemble des paramètres susceptibles d'influer sur sa prise de décision. D'autre part une vraie liberté va de pair avec la responsabilité qui conduit chaque individu, sa décision étant prise sans contrainte et quoi qu'elle se révèle par la suite malheureuse, à assumer les conséquences de ses choix. Autrement dit la légitimité d'une intervention rééquilibrante du droit au vu de l'injustice postérieurement révélée de la décision

prise devrait être déterminée par la seule référence à la possibilité qu'il avait de prendre en compte de façon pertinente le réel, présent ou encore éventuel, lors de cette décision.

Quant à la justice, la formule d'ULPIEN est connue : « *suum cuique tribuere* »²²⁶⁵. La justice contractuelle est *relative*, ainsi que l'a très bien compris le législateur contemporain qui multiplie les exceptions législatives : ce qui est juste pour un consommateur ne le sera pas forcément pour un professionnel, ou ce qui l'est pour un commerçant rompu à l'art de la négociation ne le sera évidemment pas pour tel autre contractant béotien étranger aux dures réalités de l'art des échanges et du profit. Mais si le juste fait l'objet d'appréciations catégorielles, ses critères sont-ils si différents ? Nous pensons qu'il n'en est rien : le principe de prévisibilité contractuelle apparaît en effet *comme un instrument universel de la justice contractuelle*, à même de permettre cette conciliation souhaitable entre liberté et justice.

En effet, à l'exception des hypothèses dans lesquelles la qualité des parties permet d'établir une présomption *irréfragable* de déséquilibre dans l'appréhension du risque, il paraît raisonnable de parier sur la responsabilité de chacun dans la juste appréciation de ses intérêts.

632. Annonce du plan – *Les interventions judiciaires dans le contrat devraient donc être menées à la seule fin d'en vérifier la prévisibilité.* Deux types d'imprévisibilité feront alors l'objet d'un contrôle minutieux. Le premier est classique : il consiste à vérifier qu'il n'existe pas d'imprévisibilité *formelle* des stipulations du contrat (**sous-section 1**): soit que leur formulation, soit que les modalités de leur insertion dans le contrat empêchent de percevoir en amont le risque qu'elles représentent. Le second est sans doute celui qui pose les plus grandes difficultés : quoi que la clause soit formulée clairement, et qu'elle soit suffisamment apparente dans le contrat, les dispositions qu'elle contient pourront empêcher d'anticiper ce que sera la mise en œuvre de son *contenu normatif*, en raison de l'intégration d'un élément déterminant dont la maîtrise échapperait à celui à qui cette clause est opposée (**sous-section 2**).

²²⁶⁵ *Digeste*, D. 1,1,10.

Sous-section 1 : La prévisibilité formelle

633. Annonce du plan – Deux types d'imprévisibilité doivent être contrôlés sur le plan formel : d'une part l'imprévisibilité intrinsèque des stipulations, c'est-à-dire celle résultant de ses éléments constitutifs (§1), et d'autre part leur imprévisibilité extrinsèque, soit celle résultant plutôt de leur environnement et de la façon dont elles s'insèrent en son sein (§2).

§1 : La prévisibilité intrinsèque

634. Exigence d'une intelligibilité de la clause – Pour qu'une stipulation contractuelle soit prévisible, encore faut-il que le texte qui en constitue le support apparaisse comme un signe efficace et suffisant d'anticipation du résultat juridique de la norme qu'il porte. De nombreuses dispositions imposent ainsi une clarté et une intelligibilité des conventions. Ainsi, l'ordonnance du 10 février 2016 a-t-elle été l'occasion d'intégrer dans le droit commun une disposition relative aux conditions générales. L'article 1119 du Code civil dispose ainsi que « les conditions générales invoquées par une partie n'ont effet à l'égard de l'autre que si elles ont été portées à la connaissance de celle-ci et si elle les a acceptées », ce qui implique notamment « que la clause soit intelligible et éviter les formules alambiquées, surtout lorsqu'il s'agit de clauses déterminantes »²²⁶⁶. Ainsi encore de l'article L. 211-1 al. 1 du code de la consommation qui dispose que « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible », ou encore de l'article 1602 al. 1 du Code civil qui dispose : « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige ».

Les clauses de définition en particulier, qui ont vocation à fixer les termes de l'accord, devront être claires et précises²²⁶⁷. A défaut elles se trouveront soumises au pouvoir d'interprétation du juge. D'une manière générale, il est de l'intérêt des contractants de faire œuvre de précision²²⁶⁸ dans la mesure où toute ambiguïté de leur convention constituera, outre un risque purement interne de discussions ou d'incompréhensions pouvant nuire au résultat attendu du contrat, un risque médiat par le biais duquel le juge sera susceptible de s'immiscer dans les prévisions contractuelles afin de pallier les déficiences de l'*instrumentum* en

²²⁶⁶ M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : les conditions générales », *JCP N* 2016.1299.

²²⁶⁷ W. DROSS, *op. cit.*, V° *clause de définition*.

²²⁶⁸ P-Y GAUTIER, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTDCom*.1998.495.

imposant sa propre interprétation qui, quoique nécessairement guidée par des règles objectives²²⁶⁹, sera nécessairement déceptive pour l'un ou l'autre des contractants.

635. Le risque de la langue – Du point de vue de la prévisibilité, la question de la langue du contrat est essentielle²²⁷⁰. En effet : « le choix de la langue n'est pas neutre. Il emporte certains risques. Les premiers se feront naturellement ressentir dans l'interprétation du contrat. La référence à des termes étrangers appelle, d'abord, une traduction, source de « risques linguistiques ». [...] S'ajoutent des problèmes juridiques lorsque les parties auront eu recours à la langue d'un pays autre que celui dont la loi est applicable au contrat »²²⁷¹... Il y a donc bien un risque de la langue : risque d'incompréhension ou de mécompréhension²²⁷², qui rend nécessaire la prise de mesures en amont par les parties. Cela se fera évidemment à travers la stipulation de *clauses de définitions*, mais aussi par l'insertion d'une clause départageant la valeur des traductions qui pourraient être faites : « si pour la commodité de l'une des parties, le texte des conditions générales et/ou des conditions particulières était rédigé en langue étrangère, cette version n'aurait qu'une valeur informative, seul le texte en français faisant foi »²²⁷³. Le droit opère donc une régulation bienvenue²²⁷⁴. Le principe dans les contrats internationaux demeure, sauf exceptions²²⁷⁵, la liberté de choix de la langue de

²²⁶⁹ Articles 1188 et s. du Code civil.

²²⁷⁰ V. not. : M. FERNET, *La langue et le droit dans les relations commerciales internationales*, th. Dijon, 2009, spéc. p. 183 et s. ; J-M et P. MOUSSERON, « La langue du contrat », in. *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 219 et s. La langue du contrat peut en particulier avoir une conséquence sur celle de la procédure arbitrale. En effet, l'article 16 du *Règlement de la C.C.I* prévoit que « en l'absence d'un accord intervenant entre les parties, la Cour d'Arbitrage déterminera la langue ou les langues de l'arbitrage, en tenant dûment compte de toutes les circonstances opportunes, en ce compris la langue du contrat » : V. J. BEGUIN, M. MENJUCQ (s. la dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, 2013, n°707, p. 430 ; D. LAZAREFF, « La langue de l'arbitrage international », *Bull. C. arb. CCI*, 1997, p. 18-27.

²²⁷¹ J-M et P. MOUSSERON, préc., p. 226.

²²⁷² M. FERNET, *op. cit.*, p. 192 et s. V. aussi : P. SERVAN-SCHREIBER, préc., p. 52 et s. : « dans les contrats internationaux, la première question qui se pose généralement est celle de la langue qui sera utilisée lors des négociations. La logique voudrait que ce soit la même que la langue dans laquelle sera rédigée la version du contrat final qui fera foi en cas de difficulté d'interprétation. Tel n'est pas nécessairement le cas. Il n'est pas rare en effet que, à titre de gage de bonne volonté, une des parties accepte que le contrat final soit rédigé dans un idiome autre que le sien, à condition que les discussions aient lieu dans sa langue maternelle, laissant aux traducteurs et aux avocats le soin de vérifier que le contrat reflète exactement son consentement. [...] Il faut s'assurer [...] que le consentement manifesté par l'autre partie porte bien sur la question posée, mais aussi sur toutes les conséquences induites qui peuvent être implicites mais évidentes dans une langue et pas du tout dans une autre ».

²²⁷³ P. MOUSSERON, *op. cit.*, p. 40, n°77.

²²⁷⁴ V. sur cette question : J. JULIEN, « La langue française et le contrat », in. *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 465 et s. V. aussi : A-M LEROYER, « Langue française », in. *Juriscl. Communication*, fasc. 1500, 2002 (à jour : mai 2015).

²²⁷⁵ V. par ex. l'article L. 112-3 du code des assurances qui impose l'usage de la langue française dans les contrats d'assurance terrestre : Soc. 19 mars 1986 : *JCP E* 1986.15690, obs. B. TEYSSIE ; *D.*1987.359, note LEGIER ; *Rev. crit. DIP* 1987, p. 554, note Y. LEQUETTE ; *RTDCiv.*1988.330, obs. J. MESTRE ; V. aussi l'article L 1221-3 du code du travail à propos du contrat de travail.

rédaction du contrat²²⁷⁶. A l'inverse dans les contrats relevant du droit interne – et donc de l'ordre public français – la loi n°94-665 du 4 août 1994 (*loi TOUBON*) impose l'emploi du français « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances »²²⁷⁷, ainsi que dans les contrats où sont parties une personne morale de droit public ou de droit privé exécutant une mission de service public²²⁷⁸, et le sanctionne par une inopposabilité de la clause en langue étrangère vis-à-vis de la partie contre laquelle elle est invoquée, sanction pouvant être lourde de conséquences²²⁷⁹. Par ailleurs, le droit de la consommation comporte des dispositions qui lui sont propres, et qui se justifient évidemment par la spécificité de son objet : il offre des exemples particulièrement significatifs de ce souci de rendre prévisible au bénéfice du consommateur les termes essentiels du contrat qu'il s'apprête à conclure²²⁸⁰. La jurisprudence impose ainsi que « tout produit commercialisé en France doit comporter une traduction en langue française de la notice ou du mode d'emploi, pour permettre à chaque consommateur de savoir ce qu'il achète et de comparer éventuellement avec d'autres produits concurrents »²²⁸¹. Un auteur voit dans cette réglementation de la langue employée une « technique récurrente du droit de la consommation pour imposer cette clarté »²²⁸², et assurer la réalité d'un consentement éclairé au contrat²²⁸³.

²²⁷⁶ M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op. cit.*, n°297, p. 232 et 233. La loi n°94-665 du 4 août 1994 (loi TOUBON), n'a pas vocation à imposer dans ce cas la rédaction en langue française : Com. 11 mars 1997, n°95-13926, Bull. IV, n°66 : *Rev. crit. DIP* 1997.537, rapp. J-P REMERY ; *Defrénois* 1997.1348, note Ph. DELEBECQUE ; Pau, 28 mars 2000 : *Juris-Data* n° 2000-134186 ; Com. 29 février 2000, n°97-21567 : « les parties au contrat d'assurance destiné à garantir des marchandises contre les risques d'un transport international, quel que soit le mode utilisé pour celui-ci, choisissent librement la langue dans laquelle elles rédigent leurs accords ; que, dès lors que l'assurance avait été souscrite, en l'espèce, pour couvrir le déplacement des facultés d'Irlande en Irak, via un port turc, le contrat d'assurance, qui présentait ainsi un caractère international et ne concernait pas un risque exclusivement situé en France, pouvait faire référence, dans leur langue originale anglaise, à certaines conditions de polices d'assurance étrangères, l'assurance eût-elle été contractée en France auprès d'une compagnie française » (nous soulignons). *Contra* : F-X TESTU, « Le statut juridique de la langue française », in. *Mélanges en l'honneur de G. CORNU*, PUF, 1994, p. 453, qui y voit une loi de police. Cette position cependant est difficilement tenable, notamment parce que se pose la question de l'entrave par ce biais à la liberté des échanges : V. not. C.J.C.E, 3 juin 1999, aff. C-33/97, *Colim* ; C.J.C.E, 12 septembre 2000, aff. C-366/98, *Casino* : D.2001.1458, note J-M PONTIER ; CCC 2001, chron. 10, note L. BERNARDEAU. Sur cet aspect de la question : J. JULIEN, *op. cit.*, p. 123 et s.

²²⁷⁷ Article 2 de la *Loi TOUBON*.

²²⁷⁸ Article 5 alinéa 1. L'alinéa 2 prévoit une dispense pour les contrats conclus par les personnes morales de droit public gérant des activités à caractère industriel et commercial qui s'exécutent intégralement hors du territoire national.

²²⁷⁹ Article 5 alinéa 4.

²²⁸⁰ Article 2.

²²⁸¹ J. JULIEN, *op. cit.*, n°83 qui cite : Paris, 10 février 2003 : CCC 2003, n°167, note G. RAYMOND ; Civ. 3, 24 novembre 2009, n°08-15002 : CCC 2010, n°63, note G. RAYMOND.

²²⁸² *Idem*, n°187.

²²⁸³ J. JULIEN, « La langue française et le contrat » (préc.), p. 475 et s.

636. Présomption d'imprévisibilité en cas de langue étrangère – A la différence d'un contrat conclu dans le domaine du commerce international, on peut en effet raisonnablement présumer que des commerçants et *a fortiori* des consommateurs français, usant donc habituellement de la langue française, en maîtrisent plus évidemment les finesses et les nuances. Au stade contentieux, en l'absence d'élément rattachant la convention à la catégorie des contrats du commerce international, il convient donc d'appliquer, aux termes de la *loi TOUBON*, une présomption irréfragable d'imprévisibilité des conséquences d'une clause qui serait opposée alors même qu'elle était rédigée en langue étrangère : « une partie à un contrat conclu en violation du premier alinéa ne pourra se prévaloir d'une disposition en langue étrangère qui porterait préjudice à la partie à laquelle elle est opposée »²²⁸⁴.

§2 : La prévisibilité extrinsèque

637. Exigence du caractère signifiant du contexte – Une autre cause d'imprévisibilité, peut-être plus courante que la précédente, est celle résultant non de la rédaction de la clause elle-même, mais *de son contexte*, ou de la façon dont elle s'insère dans celui-ci. Ainsi « les informations doivent être lisibles et compréhensibles. Non seulement la teneur des engagements du consommateur ne doit pas être ambiguë, mais encore le support de ces informations doit être présenté de manière lisible »²²⁸⁵.

L'expression employée par le législateur à l'article 1119 du Code civil à propos des conditions générales (« portées à la connaissance ») semble au premier abord défrayer à bon compte le professionnel qui serait seulement tenu de communiquer à son cocontractant le document *ad hoc* comportant lesdites conditions générales²²⁸⁶. En réalité, cette mesure recèle une exigence qui semble plus large, et donnera certainement lieu à une jurisprudence abondante quant à la question *de l'effectivité de cette démarche*. C'est-à-dire qu'au-delà de leur communication, il conviendra de contrôler leur *lisibilité* et leur *accessibilité*²²⁸⁷, outre évidemment la prévisibilité intrinsèque de leurs dispositions tenant à l'exigence de clarté de leur formulation. La présentation formelle des clauses compte donc autant que leur

²²⁸⁴ Article 5 alinéa 4.

²²⁸⁵ J. DIRINGER, « L'information du consommateur : un droit chicaneur ou ingénu ? », *RLDC* 2014, n°121, p. 9.

²²⁸⁶ A. SEUBE, « Les conditions générales des contrats », *in. Etudes offertes à A. JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 621 et s. V. aussi : O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 122 : « la formule suppose un comportement actif de l'auteur des conditions générales qui doit justifier de diligences utiles à l'endroit de son cocontractant pour lui permettre de connaître les clauses ».

²²⁸⁷ V. par ex. : M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : les conditions générales », *JCP N* 2016.1299.

intelligibilité intrinsèque pour assurer la prévisibilité de leurs stipulations, qui conditionne leur effectivité.

638. Renforcement de la prévisibilité extrinsèque – Dans certains cas, le droit va exiger une prévisibilité accrue, en imposant une contextualisation particulièrement signifiante. Certaines clauses, jugées dangereuses ou particulièrement risquées, *devront ainsi apparaître de façon particulière*, être « mises en avant » : « les clauses les plus importantes des conditions générales ne seraient « opposables » à l'autre partie que si elles ont été présentées d'une manière suffisamment claire et lisible, au regard de leur importance, pour qu'on puisse considérer qu'elles ont été portées à la connaissance de cette dernière et acceptées [...] cette interprétation éviterait au moins que l'acceptation en bloc de conditions générales très longues et peu lisibles n'oblige le cocontractant à souffrir de clauses sur lesquelles son attention n'a pas été suffisamment attirée »²²⁸⁸. On a également proposé « une acceptation spéciale des clauses les plus sensibles telles que les clauses compromissoires, les clauses d'attribution de compétence, les clauses de résiliation, les clauses de prescription ou les clauses exonératoires de responsabilité »²²⁸⁹...

639. L'exigence d'une insertion apparente de la clause d'élection de for – Un exemple d'une telle prévisibilité renforcée de la clause peut être trouvé dans les textes qui encadrent strictement la dérogation conventionnelle aux règles légales de compétence²²⁹⁰. Ainsi l'article 48 du code de procédure civile exige notamment que la clause « ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ». La jurisprudence est abondante sur la question, étant entendu que l'appréciation du caractère très apparent de la clause relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²²⁹¹. Seront ainsi réputées non écrites « la clause attributive de juridiction [qui] figurait au verso d'un bon de commande et était imprimée en caractères grisâtres et peu lisibles »²²⁹², celle « imprimée verticalement sur le bord gauche [d'une facture] et en petits caractères »²²⁹³, etc. Au contraire, il conviendra de mettre en exergue d'une façon spéciale la clause : sa typographie, la couleur utilisée, sa place

²²⁸⁸ O. DESHAYES, T. GENICON, Y-M LAITHIER, *op. cit.*, p. 123.

²²⁸⁹ M. MEKKI, *préc.*, p. 6.

²²⁹⁰ Article 42 alinéa 1 du code de procédure civile qui fixe le principe de la compétence de la juridiction du lieu du domicile du défendeur.

²²⁹¹ Civ. 2, 20 février 1980: Bull. civ. II, no 37; *Gaz. Pal.* 1980. 2. 494, note DUPICHOT; *RTDCiv.* 1980. 609, obs. NORMAND.

²²⁹² Com. 30 novembre 1981: Bull. civ. IV, n°415 : *D.*1982. IR 136, obs. P. JULIEN.

²²⁹³ Com. 16 novembre 1983: Bull. civ. IV, n°313 : *Gaz. Pal.* 1984. 1. Somm. 72, obs. S. GUINCHARD.

au sein du document contractuel²²⁹⁴ devront concourir à la rendre particulièrement *visible* et *lisible*²²⁹⁵.

L'on justifie une telle rigueur dans le contrôle effectué par le juge par l'effet particulièrement dangereux de la clause : celui à qui elle est opposée pourra en effet se retrouver dépossédé de la maîtrise du contentieux. C'est cette raison qui, récemment, a conduit la cour de Paris, à la suite des juges du premier degré, à réputer non écrite la clause attributive de compétence en vertu de laquelle la société Facebook prétendait attirer ses utilisateurs devant un juge californien²²⁹⁶ : pour caractériser la nature abusive de cette clause, la cour relevait en effet que « la clause attributive de compétence de Facebook obligeait le souscripteur, en cas de conflit avec la société, à *saisir une juridiction particulièrement lointaine* et à *engager des frais sans aucune proportion avec l'enjeu économique du contrat* souscrit pour des besoins personnels ou familiaux de sorte que les *difficultés pratiques* et le *coût d'accès aux juridictions californiennes* sont de nature à dissuader le consommateur d'exercer toute action devant les juridictions concernant l'application du contrat et à le priver de tout recours à l'encontre de la société Facebook Inc. »²²⁹⁷. Dès lors, les parties doivent avoir la possibilité – lorsque le droit leur laisse la maîtrise de cette matière – ce qui n'était pas le cas dans la jurisprudence précitée où le litige intervenait en droit de la consommation – d'anticiper sans ambiguïté le risque auquel elles se soumettent en consentant à un contrat dans lequel est stipulée une telle clause. Cette exigence se retrouve avec une particulière clarté à l'article 23.1 du *Règlement CE n°44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* qui impose notamment que la convention attributive de juridiction, lorsqu'elle n'est pas établie par écrit²²⁹⁸, le soit « b) sous une forme qui soit *conforme aux habitudes que les parties ont établies entre elles*, ou c) dans le commerce international, sous une forme *qui soit conforme à un usage dont les parties*

²²⁹⁴ Aix-en-Provence, 22 janvier 1992 : *D.1993.26*, note B. BEIGNIER ; Paris, 1^{er} mars 2000 : *D.2000.135*, qui jugea une clause inopposable malgré le fait qu'elle était imprimée en caractère très apparents car elle se trouvait reproduite parmi les CGV au verso du contrat ; contra : pour une hypothèse où le verso avait été paraphé : Civ. 2, 20 février 1980, n°78-14437 : *Bull. civ. II*, n°37 : *RTDCiv.1980.609*, obs. NORMAND ; Civ. 2, 7 juin 2012 n°11-13105.

²²⁹⁵ J. JULIEN, *op. cit.*, n°201, p. 264 : « Pour qui lit un contrat de consommation, quel qu'il soit, une réflexion vient rapidement à l'esprit: certaines clauses sont imprimées dans une taille de caractère inférieure à celle des autres. Pourquoi une telle différence? Pour économiser du papier et diminuer ainsi la longueur du contrat? Peut-être... Ou bien parce que les clauses en petits caractères sont moins importantes que les autres? Cela paraît douteux, tout dans un contrat étant important, et la force obligatoire de la stipulation n'est pas proportionnelle à la taille des caractères utilisés. Un esprit chagrin pourrait en conclure que, au contraire, la clause écrite en petits caractères revêt aux yeux du professionnel une importance toute particulière, et que c'est pour cela qu'il tente de la dissimuler au regard peu attentif du consommateur ».

²²⁹⁶ Paris, 12 février 2016, n° 15/08624, *JurisData* n° 2016-002888 : *JCP E* 2016.1309, note L. MARION ; *D.2016.1045*, obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; *RTDCiv.2016.310*, note L. USUNIER.

²²⁹⁷ Nous soulignons.

²²⁹⁸ Ou verbalement avec confirmation écrite.

avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée »²²⁹⁹.

640. Critique – Pour autant, il nous semble critiquable d'imposer une telle mise en exergue particulière de la clause. Le critère appliqué par les juges (du fond) n'est alors pas en effet la prévisibilité du risque qu'elle représente, mais *sa dangerosité* : parce que la clause supporte un résultat dangereux pour les parties (la délocalisation du litige) on cherche à la rendre très apparente. Or, d'une part ce motif n'est guère convaincant, car il est bien d'autres stipulations dangereuses dans un contrat (que l'on songe seulement aux clauses limitatives de réparation, aux clauses pénales, ou même pourquoi pas à une clause de définition qui prévoirait pour un terme un sens différent du sens commun), et il semble difficile de justifier la seule mise en évidence de la seule clause attributive... Sauf à imposer une telle mesure à l'ensemble des clauses dangereuses, mais en lui faisant alors perdre *de facto* son intérêt puisqu'elle s'appliquerait alors à une grande partie des clauses du contrat, en une sorte de cercle vicieux. Il faut au contraire aller à la racine du mal, considérant que ce n'est pas la clause en elle-même qui est dangereuse, *mais le fait qu'elle n'ait pas été vue ou comprise et donc surgisse par la suite de façon imprévisible pour celui à qui on l'oppose*.

Il semblerait donc plus sage de ne sanctionner par l'inopposabilité *que les clauses qui apparaîtraient moins visiblement que le reste des stipulations, mais de ne pas appliquer cette sanction à celles insérées de façon normalement lisible et visible au sein du contrat*. Etant entendu qu'il est de toute façon de la responsabilité des contractants d'une part de ne pas s'engager dans un contrat tant qu'ils n'auraient pas la compréhension de l'ensemble de ses paramètres, et d'autre part de porter une attention soutenue à l'ensemble de ses clauses. Ce faisant l'on éviterait, nous semble-t-il, l'incitation de fait à une lecture succincte cantonnée aux seules dispositions les plus apparentes, et le risque de détourner l'attention des autres clauses en mettant en avant seulement certaines d'entre elles, ce qui peut avoir un effet pervers de négligence d'autres termes tout aussi essentiels du contrat.

641. Le problème des clauses de renvoi – Il va de soi que des conditions générales ne seront opposables qu'à la condition que celui contre qui elles sont revendiquées en ait eu connaissance préalablement à la conclusion du contrat. L'état du droit est connu, qui impose

²²⁹⁹ Nous soulignons.

parfois la communication spontanée des conditions générales de vente²³⁰⁰, ou à demande dans les autres cas²³⁰¹. En pratique, il pourra arriver que les parties insèrent dans l'*instrumentum* une *clause de renvoi aux conditions générales*, par laquelle le cocontractant reconnaît avoir pris connaissance de celles-ci, et les avoir acceptées, alors mêmes qu'elles ne se trouvent pas dans la convention conclue elle-même. Une telle clause, à la condition qu'elle soit suffisamment précise, est valide selon la jurisprudence, et l'on ne peut qu'approuver la solution : elle rend en effet prévisible pour celui qui y souscrit l'opposabilité future du document visé²³⁰², qui prend donc indéniablement une valeur contractuelle, et l'ignorance opposée en défense du contenu de ces conditions se heurterait alors au principe de responsabilité qui sous-tend systématiquement la protection de la croyance légitime de chacun par le droit.

Une question a pu être soulevée en jurisprudence qui est celle de l'opposabilité de conditions générales en l'absence de clause de renvoi, à l'occasion d'une convention s'inscrivant néanmoins dans une relation commerciale antérieure²³⁰³. Le principe de prévisibilité incline ici à opiner dans le sens de la chambre commerciale qui admet²³⁰⁴, à la différence de la première chambre civile²³⁰⁵, l'opposabilité. En effet, *les stipulations contractuelles ne sont que des signes parmi d'autres, qui renvoient à des réalités* : si elles doivent être recherchées prioritairement c'est seulement en raison de la praticité de ce biais, mais tout autre élément de démonstration d'une connaissance des clauses par celui à qui l'on souhaite les opposer devra être accueilli, sous réserve évidemment des règles gouvernant l'administration de la preuve, et de la force probante des éléments produits.

642. Conclusion de la sous-section 1 relative au contrôle de la prévisibilité formelle – Le contrôle par le droit de la prévisibilité formelle du contrat se trouve justifié par la préservation de l'intégrité du consentement. D'une façon générale, le contrat devra permettre aux parties de prévoir l'ensemble des risques que peuvent receler ses stipulations, ce qui implique non

²³⁰⁰ Notamment en matière de commerce en ligne, ou dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur.

²³⁰¹ V. not. L. et J. VOGEL, *op. cit.*, p. 17 et s.

²³⁰² V. à propos d'une clause de renvoi figurant au recto d'un contrat et renvoyant aux CGV reproduites au verso parmi lesquelles figurait la clause attributive de compétence litigieuse : Civ. 2, 5 février 1986, n°84-13840, Bull. civ. II, n°5. V. aussi : C.J.U.E, 7 juillet 2016, aff. C-222/15, *Höszig Kft : Procédures* 2016.362, note C. NOURISSAT : le juge doit s'assurer que la clause litigieuse a fait l'objet d'une acceptation. En l'espèce, la clause étant stipulée dans les conditions générales elle sera licite « dans le cas où, dans le texte même du contrat signé par les deux parties, un renvoi exprès est fait à ces conditions générales comportant ladite clause ».

²³⁰³ Sur cette hypothèse : F-X TESTU, *op. cit.*, n°21-29.

²³⁰⁴ Com. 5 mars 1991, n°89-17360, Bull. IV, n°96.

²³⁰⁵ Civ. 1, 30 juin 1992, n°90-21491, Bull. civ. I, n° 203 ; Civ. 1, 18 oct. 2005, n°03-18467, Bull. civ. I, n° 377.

seulement une prévisibilité de chaque clauses en elle-même (prévisibilité intrinsèque), mais encore de l'ensemble des clauses en tant qu'elles s'insèrent dans un ensemble qui constitue le contrat et ont les composantes entretiennent évidemment des interactions entre elles (prévisibilité extrinsèque). Pour ce faire, il semble parfois que le droit cède à une sorte de *surenchère de la visibilité ou de l'information*, en poussant à mettre en exergue un certain nombre de clauses qui, parce qu'elles présentent un risque peut-être plus important pour celui à qui on les oppose, devront ainsi être mentionnées de façon particulièrement apparente.

Il semble qu'une telle politique puisse être contreproductive : les parties ayant vu leur attention attirée sur certaines des clauses pourront avoir tendance à négliger le reste des stipulations. Au contraire, responsabiliser les contractants en les poussant à lire consciencieusement les stipulations, pour peu qu'elles répondent aux conditions d'accessibilité, de lisibilité et d'intelligibilité, semble être la meilleure façon d'assurer la prévisibilité *de l'ensemble du contrat*. Il semblerait donc plus sage de ne sanctionner par l'inopposabilité *que les clauses qui apparaîtraient moins visiblement que le reste des stipulations, mais de ne pas appliquer cette sanction à celles insérées de façon normalement lisible et visible au sein du contrat*.

Mais il est évident que même lisible et intelligible sur le plan formel, la clause pourra receler une imprévisibilité par ses dispositions mêmes, son contenu normatif.

Sous-section 2 : La prévisibilité normative

643. Le contrôle de l'imprévisibilité objective des clauses – Quoi qu'elle apparaisse de façon lisible et intelligible dans l'*instrumentum*, la clause pourra receler une source de risque en raison *de son contenu même*. Là encore le droit de la consommation se révèle riche d'enseignements, dans la mesure où la régulation des clauses abusives peut *en partie* s'expliquer par le recours à l'idée que doivent être sanctionnées les clauses créant un mécanisme faisant peser sur le consommateur une imprévisibilité néfaste²³⁰⁶ : on écartera ainsi notamment les clauses marquées par une potestativité au bénéfice du professionnel dans la mise en œuvre du mécanisme qu'elles portent.

²³⁰⁶ Cf. *supra* n°81. En dehors du cas spécifique des relations de consommation, V. par ex. en matière de négociation commerciale : L. et J. VOGEL, *op. cit.*, p. 105, n°56 : « les conditions de règlement qui résultent soit directement des CGV, soit de la convention unique après la négociation commerciale, doivent obligatoirement préciser les modalités de calcul et conditions d'application des pénalités pour paiement tardif, ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après l'expiration du délai ».

Par le biais de certaines stipulations visant à adapter la prévisibilité légale, les parties chercheront parfois, soit à accroître conventionnellement la liberté de l'une des parties, soit – ce qui revient au même dans une sorte de parallélisme avec les clauses visant à renforcer la prévisibilité précédemment évoquées²³⁰⁷ – soit à amoindrir la pression préventive de la contrainte légale (§1). En raison du danger qu'elles font courir aux contractants, ces clauses feront l'objet d'un contrôle renforcé (§2), qui apparaît néanmoins devoir être pondéré par la considération de leur prévisibilité.

§1 : La stipulation de clauses réduisant la prévisibilité

644. La réintroduction de la liberté individuelle : la faculté de rupture unilatérale – En sens inverse du mouvement précédemment décrit, dans certaines situations, les parties au contrat pourraient vouloir atténuer la prévisibilité légale, en admettant l'introduction d'une certaine incertitude dans leur relation. Le principe légal est textuel puisqu'expressément énoncé à l'article 1193 du Code civil qui institue une prévisibilité de la procédure de sortie des liens contractuels en disposant que les conventions ne peuvent être révoquées que du consentement mutuel des parties qui l'ont fait naître²³⁰⁸, ou pour les causes que la loi autorise. Des dérogations conventionnelles sont cependant admises en amont, soit en stipulant une faculté de résiliation unilatérale qui permet de rompre le contrat pour l'avenir, soit par le biais d'une clause de dédit qui permet de revenir sur son engagement mais suppose que le contrat n'ait pas encore donné lieu à exécution.

645. La clause de dédit – La clause de dédit est parfois confondue avec la clause pénale. La distinction n'est de fait parfois pas évidente en raison de la proximité du mécanisme en cause : dans un cas comme dans l'autre, un contractant revient sur son engagement et est amené à verser, en contrepartie de sa défection, une indemnité au créancier de la clause.

Ces deux variétés de clauses diffèrent pourtant de manière radicale quant au rapport qu'elles entretiennent avec l'idée de prévisibilité. Un auteur souligne ainsi « alors que la raison d'être de la clause pénale réside dans la garantie de l'exécution des obligations contractuelles, que traduit son caractère comminatoire, la cause subjective de la clause de dédit consiste dans la liberté accordée au débiteur de ne pas exécuter le contrat, que reflète son caractère

²³⁰⁷ Cf. *supra* n°581 et s.

²³⁰⁸ Sur ce point V. not. R. VATINET, « *Le mutuus dissensus* », *RTDCiv.*1987.252.

discrétionnaire »²³⁰⁹. Alors que la clause pénale a pour fonction d'augmenter conventionnellement la prévisibilité, la clause de dédit a pour effet de la diminuer : elle « abandonne l'avenir du lien contractuel à la volonté unilatérale du débiteur qui, sans que le créancier puisse s'y opposer, peut décider librement de rétracter son engagement »²³¹⁰, et de fait, « la fragilité et l'instabilité dont elle imprègne le contrat jurent avec l'idée de clause pénale »²³¹¹.

646. Clauses de résiliation unilatérale – Le mécanisme des clauses de résiliation unilatérale est proche : elles sont « la stipulation permettant à l'une ou aux deux parties de cesser d'exécuter un contrat quel qu'en soit le motif ou pour un motif préétabli non inhérent au comportement des parties, de façon gratuite ou moyennant le versement d'une « indemnité », tout en respectant un délai de préavis d'une durée raisonnable »²³¹².

Elles se distinguent des clauses résolutoires par le fait qu'elles ne remplissent pas de fonction comminatoire. Alors que les unes ont pour objet principal l'augmentation de la prévisibilité par le renforcement conventionnel de la contrainte qui pèse sur le débiteur, les autres ont au contraire pour effet la création d'une imprévisibilité par la licence accordée à l'une des parties de faire usage de sa liberté *contre* le lien obligatoire institué et sanctionné par le droit : « la clause de résiliation unilatérale permet donc au cocontractant de se départir d'un contrat qu'il souhaite ne plus exécuter. Elle offre une "porte de sortie" »²³¹³. Le rapport que chacune entretient avec le risque, qu'elles tendent soit à diminuer, soit à augmenter, semble donc pouvoir constituer le critère distinctif.

647. La neutralisation de la sanction : les clauses d'indulgence – On appelle clauses d'indulgence les stipulations qui « visent à minimiser les conséquences de la responsabilité »²³¹⁴. De manière remarquablement symétrique, le droit, de la même façon qu'il laisse aux parties la possibilité d'accroître l'effet comminatoire de la force obligatoire par le jeu des clauses pénales, leur laisse également la possibilité de l'atténuer par le biais de stipulations visant à diminuer, voire à supprimer, la mise en jeu de la responsabilité en cas de

²³⁰⁹ D. MAZEAUD, « La faculté de dédit stipulée dans une promesse de cession de fonds de commerce ne s'analyse pas en une clause pénale susceptible d'être diminuée par le juge », *D.*1996.329.

²³¹⁰ *Idem, ibid.*

²³¹¹ *Idem, ibid.* V. pour une étude de deux mécanismes venus du droit anglo-saxon, les *Material adverse change clause* et les clauses de *break-up fees* qui permettent à un contractant « d'imposer à l'autre l'anéantissement de la situation contractuelle après sa naissance, mais avant sa réalisation » : J. GRANOTIER, « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « *break-up fees* », *D.*2014.1960.

²³¹² C. CHABAS, « Résolution – Résiliation », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2010 (à jour : janv. 2015), n°285.

²³¹³ *Idem*, n°288.

²³¹⁴ F-X TESTU, *op. cit.*, n°113-03 et s.

contravention d'un contractant à ses obligations. Si elles poursuivent toutes la même fin, et emportent donc théoriquement le même effet – l'affaiblissement de la force obligatoire des conventions – ces clauses se distinguent par les moyens qu'elles emploient, et qui n'emportent pas tous les mêmes conséquences quant à la prévisibilité de la relation.

Si l'on considère la prévention du risque d'inexécution, il est évident que toute atteinte portée à l'airain du principe de force obligatoire comporte *de facto* – la psychologie humaine étant ce qu'elle est – un affaiblissement de sa puissance répulsive en laquelle réside son efficacité préventive. En ce sens, que la clause vise à supprimer totalement la responsabilité (clause évasive de responsabilité²³¹⁵), ou à la limiter seulement en prévoyant un plafond à l'indemnité pouvant être réclamée (clause limitative de réparation), ou en déterminant à l'avance, de manière forfaitaire, le montant du préjudice indemnisable en cas de défaillance du débiteur (clause d'indemnisation forfaitaire)²³¹⁶, son effet (psychologique) ne peut être que néfaste pour celui qui la subit, par la porte qu'elle ouvre conventionnellement et, dans un certain sens, *contra legem*, à l'incertitude attachée à l'existence de toute liberté.

§2 : Le contrôle des clauses réduisant la prévisibilité

648. Contrôle des clauses de résiliation – Licites a priori, de telles clauses font néanmoins l'objet d'un contrôle strict de la part du juge. D'une part, en ce qui concerne leur formulation, qui, *en cas d'ambiguïté*, c'est-à-dire du constat d'une imprévisibilité de son effet normatif, pourra être provoquer une requalification en clause résolutoire soumise à l'existence d'un manquement de l'autre partie à ses obligations. Cette requalification est révélatrice du mouvement naturel du droit : les dérogations conventionnelles au principe de prévisibilité sont appelées à se développer dans un cadre strict dont tout débordement conduit à un retour au principe²³¹⁷. En effet, requalifiée en clause résolutoire, la clause de résiliation unilatérale

²³¹⁵ V. aussi la clause dite de « *Best efforts* » qui, contrairement à ce que son nom semble indiquer, ne porte pas un renforcement de l'obligation de correcte exécution du débiteur, mais au contraire sa limitation : « bien souvent la clause de best efforts ne vise pas à aggraver l'obligation du débiteur mais à limiter celle-ci au niveau d'une obligation de moyens » : J. MESTRE, J-C RODA, *op. cit.*, p. 129 et s.

²³¹⁶ V. F-X TESTU, *préc.*, n°113.18 s.

²³¹⁷ Il nous semble possible de voir là le motif principal de cette requalification, car pour le reste, le régime de la clause résolutoire n'emporte guère de différences notables par rapport au contrôle dont font l'objet les clauses de résiliation unilatérale : les unes comme les autres sont, dans les relations de professionnel à consommateur du moins, soumises à l'exigence d'un délai raisonnable de préavis (V. l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce pour les clauses de résiliation unilatérale ; article R. 132-2, 4° du Code de la consommation (liste grise des clauses abusives) pour les clauses résolutoires), et à une réciprocité (article R. 132-1, 8° du Code de la consommation portant liste noire des clauses abusives), et elles ne doivent pas, tant dans les relations entre professionnels que dans celles relevant du droit de la consommation, créer un déséquilibre significatif entre les parties (article R. 132-2, 8° du Code de la consommation et article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce).

bascule dans le champ opposé à celui originellement voulu : elle contribue alors à *renforcer la prévisibilité* par sa fonction comminatoire, plutôt qu'à l'affaiblir, puisque sa mise en œuvre se trouve dès lors soumise à un manquement du débiteur, *pour lequel la rupture du contrat ne sera plus alors imprévisible, puisque procédant de sa propre faute*. D'autre part, en ce qui concerne leur mise en œuvre, qui ne doit pas permettre l'irruption dans le contrat d'un risque imprévisible. L'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce exige ainsi qu'un « préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels »²³¹⁸.

649. Contrôle des clauses d'indulgence – Si par principe la validité de telles clauses ne fait aucun doute²³¹⁹, il est traditionnellement admis qu'elles ne sauraient être appliquées dans certains cas où l'inexécution constitue une *faute intentionnelle* ou *dolosive* du cocontractant²³²⁰. Les raisons sont évidentes, qui expliquent cette position, et le principe de bonne foi dans l'exécution des conventions n'est pas la moindre²³²¹. Il y a là une limitation nécessaire de la liberté contractuelle au regard des exigences que pose la nature même du contrat : celui-ci pourrait-il exister si l'on abandonnait à l'arbitraire des parties la faculté d'accomplir ou non ce qu'elles ont promis ? « Une clause de non-responsabilité, remarque un auteur, ne peut pas exonérer le contractant des conséquences de son dol, car il serait choquant de permettre à un contractant de ne pas exécuter volontairement ses obligations »²³²². On peut comprendre que la normativité du contrat se trouverait annihilée non seulement par la suppression de la sanction, mais aussi par la potestativité qui assortirait alors le mécanisme obligationnel, anéantissant de ce fait l'idée même de contrat.

Ce n'est pas pourtant dans cette seule idée de potestativité que réside la raison essentielle de ces prohibitions, car une telle clause sera également écartée en cas de *faute lourde*, c'est-à-dire sans élément intentionnel²³²³, ou encore sur la seule constatation qu'elle permet à l'une

²³¹⁸ Les situations contractuelles relevant du droit de la consommation sont soumises à la même exigence, puisque l'article R. 132-2, 4° du code de la consommation répute abusive toute clause qui ont pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel la faculté de résilier le contrat sans préavis d'une durée raisonnable ».

²³¹⁹ Civ. 1, 28 juin 1989 (n° 86-18.410), Bull. civ. I, n° 265; Com. 23 novembre 1999 (n° 96-21.869), Bull. IV, n° 210 ; JCP 2000.II.10326, note J-P. CHAZAL; CCC 2000, n° 40, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 2000.245, obs. D. MAZEAUD.

²³²⁰ F-X TESTU, *op. cit.*, n°113.04 s ; Ph. LE TOURNEAU (s. la dir.), *op. cit.*, n°1140 s.

²³²¹ *Idem, ibid.*

²³²² *Idem, ibid.*

²³²³ Com. 28 juin 2005, n°03-20744, Bull. IV, n°147 : « négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du contractant à l'accomplissement de la mission qu'il avait acceptée ».

des parties de se soustraire à une obligation essentielle du contrat²³²⁴ ... Le point commun entre ces prohibitions n'est donc pas *l'intention*, mais *l'inexécution* elle-même, ou plutôt la perspective – ou le risque – d'inexécution qui porterait une contradiction telle aux prévisions contractuelles qu'elle constituerait un risque ne pouvant être raisonnablement anticipé : le cocontractant d'une société spécialisée dans le transport rapide ne peut raisonnablement anticiper le risque de non-réparation portant sur la violation de cette même obligation de célérité, et il en va de même pour celui qui subit une faute négligence d'une extrême gravité dénotant l'inaptitude du contractant à l'accomplissement de sa mission (faute lourde), ou une inexécution volontaire de ses obligations par son cocontractant alors que la promesse de celui-ci génératrice du contrat constituait un signe raisonnable de sa volonté d'exécuter l'obligation convenue...

650. La méfiance actuelle du droit pour les clauses attributives de juridiction – En ce qui concerne les clauses relatives à la compétence²³²⁵ visant à anticiper le règlement d'un litige en amont de sa survenance, le régime sera très différent selon qu'elles se trouvent insérées dans un contrat international ou dans un contrat relevant du droit interne²³²⁶ : selon la formule d'un auteur, « la liberté des parties dans le choix des autorités judiciaires compétentes sur les litiges contractuels à naître est restreinte en cas de contrats internes et fort large en cas de contrats internationaux »²³²⁷. Evacuons d'emblée cette deuxième hypothèse²³²⁸ pour examiner la situation en droit interne. Concernant les clauses attributives de juridiction, le droit opère une distinction selon qu'elles portent *rationae materiae* ou *rationae loci*²³²⁹. Les premières ne peuvent faire l'objet de dérogations par le biais de clauses anticipant le règlement d'un litige non né²³³⁰. De même la clause dérogeant aux règles de compétence *rationae loci* est réputée non écrite « à moins qu'elle n'ait été convenue *entre des personnes ayant toutes contracté en*

²³²⁴ Article 1170 du Code civil.

²³²⁵ Ces clauses sont très diverses tant par leur effet direct (clauses de compétence *stricto sensu*) ou indirect (clause d'élection de domicile), que par le fait qu'elles changent seulement ou excluent purement et simplement le recours aux juridictions étatiques (clause compromissoire).

²³²⁶ Sur l'ensemble de la question : P. MOUSSERON, *op. cit.*, p. 686 et s.

²³²⁷ *Idem*, n°1688, p. 687.

²³²⁸ Sur la liberté des parties dans les contrats du commerce international : Paris, 11 mars 1987, *Bull. rap. dr. des aff.*, 1987.XII.22. On notera ainsi qu'« en droit des contrats internationaux, le principe est que la juridiction compétente et la loi applicable sont la juridiction et la loi choisies par les parties » (M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAZOUZI, *op. cit.*, n°72, p. 53). V. néanmoins sur les conditions et éventuelles restrictions apportées à cette liberté par l'ordre juridique international : P. MOUSSERON, *op. cit.*, n°1693, p. 689.

²³²⁹ *Idem*, n°1689, p. 687. V. aussi : W. DROSS, *op. cit.*, V° *clause attributive de juridiction*.

²³³⁰ Au contraire l'article 41 du code de procédure civile prévoit deux exceptions lorsque le litige est né.

*qualité de commerçant*²³³¹ et qu'elle n'ait été *spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée* ».

651. L'abandon nécessaire du contrôle *rationae personae* – Une telle vision nous semble néfaste à double titre. D'une part en ce qu'elle conduit à dénier force obligatoire à certaines dispositions librement consenties sans que cette entorse à un principe aussi fondamental de notre droit que celui de la liberté contractuelle ne se trouve justifiée par un motif suffisant.

En effet, la première condition de l'interdiction (en creux de l'exigence positive d'une stipulation entre commerçants) apparaît difficilement conciliable avec la seconde au vu de la logique qui s'infère d'une application du principe de prévisibilité contractuelle. Celui-ci en effet postule un équilibre entre les prévisions des contractants et l'exigence de *justice* qui fonde le contrat, laquelle impose notamment de vérifier l'existence d'une certaine égalité entre les parties lorsqu'elles acceptent telle ou telle stipulation contractuelle, *a fortiori* lorsque ces stipulations se trouvent être créatrices d'un risque. Or il nous semble justement *que la condition tenant à la prévisibilité du risque porté par la clause de compétence doit suffire, une fois vérifiée sa réalité, à légitimer le risque tenant à la localisation conventionnelle du contentieux, pour peu que ne soit pas démontrée a posteriori l'existence d'une disparité des forces entre les parties qui serait un élément parmi d'autre tendant à prouver l'existence d'un éventuel vice du consentement*. De deux choses l'une en effet : ou bien la qualité des parties apparaît comme un élément suffisant pour établir une présomption telle de disparité des forces dans l'appréhension du risque que celle-ci, *qualifiée d'irréfragable*, justifie l'imposition péremptoire et sans possibilité d'y déroger conventionnellement, d'une régulation préventive par laquelle seront prohibées *ab initio* certaines clauses d'adaptation : c'est le cas du droit de la consommation. Soit à l'inverse la qualité des parties *n'apparaît pas comme un élément suffisant pour présumer irréfragablement l'imprévisibilité du risque*, et dans ce cas elle ne peut être admise à jouer éventuellement qu'au titre d'une présomption de fait. C'est alors *a posteriori* qu'il conviendra pour la partie à qui est opposée une clause qu'elle considère être imprévisible, d'en faire la démonstration, et rien ne semble pouvoir alors s'opposer *a priori* à sa stipulation.

Dès lors il semble inopportun d'ajouter une condition tenant à la qualité des parties. Il serait au contraire souhaitable de revenir à l'autorisation antérieure de principe de la régularité de

²³³¹ Civ.1, 6 février 2007, n°05-12597.

telles clauses dans les contrats entre personnes n'ayant pas la qualité de commerçants²³³², et dans les actes mixtes – nonobstant les dispositions propres au droit de la consommation – *sauf à démontrer l'existence d'un vice du consentement, ou l'imprévisibilité de la clause en raison du non-respect des exigences de forme évoquées.*

652. Proposition d'unification des critères de validité des clauses de compétence – La mise en œuvre d'un principe de prévisibilité contractuelle conduit nécessairement à poser comme critère principal de régulation des clauses contractuelles *leur caractère prévisible ou imprévisible* c'est-à-dire à considérer le risque qu'elle peuvent éventuellement créer, et à assurer une régulation préventive lorsque celui-ci apparaît ne pas pouvoir être anticipé de façon satisfaisante. Dans un tel schéma, le recours à des considérations tenant à la qualité des parties n'aura de place qu'au titre de la mesure de cette prévisibilité, et non, comme cela est le cas notamment dans la régulation des clauses de compétence, *comme un critère cumulatif*, venant s'ajouter à la vérification de la prévisibilité de la clause en raison de ses caractéristiques formelles. Ainsi il conviendrait de procéder à une modification du code de procédure civile pour en retirer la prohibition de type présomptive à l'égard des clauses stipulées dans les conventions autres que celles conclues entre commerçants. En effet, de deux choses l'une : ou bien, dans une convention entre une partie ayant la qualité de commerçant et une partie non commerçante la clause est imprévisible, et cette seule vérification se suffit à elle-même, soit elle est prévisible, et il convient selon nous d'assurer le respect du principe de liberté contractuelle et la force obligatoire des conventions en assurant son opposabilité à la partie qui l'a acceptée *en connaissance de cause* (libre à elle, si elle juge que le risque est trop grand, de ne pas l'accepter). La prévisibilité devrait donc être la seule condition d'opposabilité des clauses, quelles que soient les qualités diverses des parties au contrat.

653. Mise en œuvre du critère unique de prévisibilité – Ce nouveau régime s'articulerait donc, une fois évacuée la question des matières dominées par une présomption irréfragable d'imprévisibilité en raison de la qualité d'une des parties la plaçant en position de faiblesse, *autour d'un critère unique de la prévisibilité de la clause*. Hors les cas de présomption irréfragable, le principe devrait être la licéité *a priori* de telles stipulations, à charge pour celui

²³³² D'autant que c'est bien la qualité de commerçant qui est exigée, et non le caractère commercial de l'acte, ce qui exclut notamment le cautionnement d'une dette commerciale par une caution non-commerçante (Com. 25 mars 1997, n°95-10430, Bull. IV, n°79), ou encore l'artisan qui aurait accepté le paiement par effet de commerce (Com. 11 mai 1993, n°91-14734, Bull. IV, n°179).

à qui elle est opposée au moment de survenance d'un litige, de démontrer son imprévisibilité. L'invocation de la différence de qualités (contrats mixtes) ou de compétence (contrat entre commerçants dans des secteurs d'activité différents) des parties, n'interviendrait alors qu'au titre d'un élément probatoire factuel parmi d'autres. La prévisibilité de la clause exige alors la réunion des deux éléments précédemment évoqués : elle devra d'une part porter *sur la clause elle-même*, en tant que stipulation, ou élément de l'*instrumentum* devant recueillir le consentement de la partie à qui on l'oppose – cela implique évidemment que soient vérifiées les conditions classiques de lisibilité, de visibilité et d'intelligibilité de la clause – et d'autre part *sur la norme juridique* dont la clause constitue le support formel.

Nous ne reviendrons pas sur la prévisibilité formelle, dont la vérification des critères paraît assez évidente. Quant à la prévisibilité normative, les rédacteurs d'actes devront prendre garde à mentionner dans les clauses des éléments suffisants pour permettre *a minima* de connaître dès à présent les conditionnements qui permettront ultérieurement de mettre en œuvre son effet normatif. La jurisprudence permet ainsi une certaine souplesse à condition que la mise en œuvre de la clause ne soit pas imprévisible²³³³. Ainsi, dans une décision rendue à propos d'une clause attributive de juridiction, la C.J.C.E a précisé que l'article 23 du règlement *Bruxelles I* « n'exige pas qu'une clause attributive de juridiction soit formulée de telle façon qu'il soit possible d'identifier la juridiction compétente par son seul libellé » mais seulement qu'elle « identifie les éléments objectifs sur lesquels les parties se sont mises d'accord pour choisir le tribunal ou les tribunaux auxquels elles entendent soumettre leurs différends nés ou à naître », ces éléments dits objectifs « qui doivent être suffisamment précis pour permettre au juge saisi de déterminer s'il est compétent, peuvent être concrétisés, le cas échéant, par les circonstances propres à la situation de l'espèce »²³³⁴.

La jurisprudence de la Cour de cassation va dans le même sens. Quoique s'étant longtemps méfiée des clauses attributives de juridiction unilatérales²³³⁵, voyant dans leur asymétrie un caractère potestatif²³³⁶, elle a heureusement évolué, à l'occasion d'une décision du 7 octobre

²³³³ Civ. 1, 20 octobre 2006, n°04-15512, Bull. civ. I, n°441 : *RTDCiv.*2007.110, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

²³³⁴ C.J.C.E, 9 novembre 2000, *Coreck Maritime GmbH c. Handelsveem BV et autres*, C-387/98.

²³³⁵ Les clauses attributives de juridiction unilatérales ou asymétriques, offrent une option à l'une des parties l'autorisant à choisir la juridiction compétente pour résoudre un éventuel litige.

²³³⁶ V. not. : Civ. 1, 26 septembre 2012, n°11-26022 : Bull. civ. I, n° 176, qui juge ce caractère « contraire à l'objet et à la finalité de la prorogation de compétence ouverte par l'article 23 du Règlement Bruxelles I ». V. aussi, dans le même sens : Civ. 1, 25 mars 2015, n°13-27264, Bull. civ. I, n° 72 au visa de l'article 23 de la *Convention de Lugano* du 30 octobre 2007, au motif notamment que la clause « ne précisait pas sur quels éléments objectifs cette compétence alternative était fondée, n'était pas contraire à l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique poursuivi par le texte susvisé, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

2015²³³⁷, en approuvant une cour d'appel d'avoir retenu l'opposabilité, car après avoir « relevé que la clause d'élection de for imposait à la société [...] d'agir devant les juridictions irlandaises tandis qu'était réservée à son cocontractant, de manière optionnelle, la faculté de saisir une autre juridiction, la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause, *qui permettait d'identifier les juridictions éventuellement amenées à se saisir d'un litige* opposant les parties à l'occasion de l'exécution ou de l'interprétation du contrat, *répondait à l'impératif de prévisibilité auquel doivent satisfaire les clauses d'élection de for* ».

La même exigence régit la validité de la clause compromissoire, qui doit « désigner le ou les arbitres chargés de résoudre un éventuel litige, ou à tout le moins, prévoir les modalités de leur désignation [...] Par conséquent, serait nulle la clause compromissoire qui laisserait à une seule partie le soin de désigner ultérieurement le ou les arbitres »²³³⁸.

Désormais il semble que le critère de validité soit la considération, outre évidemment de la prévisibilité formelle de la clause, de celle du mécanisme juridique qu'elle porte : « si la détermination de la compétence dépend d'un élément subjectif et individuel, tel que le libre choix d'une partie, la clause attributive de juridiction ne répond pas aux exigences du droit de l'UE »²³³⁹. Les rédacteurs devront donc prendre garde à insérer dans leur stipulation des éléments suffisants pour permettre l'identification objective de la juridiction compétente.

654. L'apport de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 – S'agissant du cas particulier de la clause compromissoire, la loi de *modernisation de la justice du XXI^e siècle* a été l'occasion d'une promotion inédite des modes alternatifs de règlement des différends et en particulier de l'arbitrage²³⁴⁰. Il s'agit d'une révolution, dans la mesure où la clause compromissoire, si elle est d'usage fréquent dans les contrats internationaux, voyait son domaine restreint²³⁴¹ dans les contrats internes : « la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle »²³⁴², soit essentiellement en matière commerciale, à l'instar de la clause attributive de juridiction. Or dans sa nouvelle rédaction le Code civil ouvre au contraire très largement le recours à la clause compromissoire²³⁴³ en passant d'une analyse fondée sur la validité *rationae personae* de la clause, à une analyse fondée sur sa seule

²³³⁷ Civ.1, 7 octobre 2015, n° 14-16898 : *RDC* 2016.282, note E. TREPPOZ ; *Procédures*, 2015, n° 12, note C. NOURISSAT. Nous soulignons.

²³³⁸ W. DROSS, *op. cit.*, V° *clause compromissoire*. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser que « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel » (Civ. 1, 19 mars 2002, n°99-19878).

²³³⁹ M-E ANCEL, P. DEUMIER, M. LAAZOUZI, *op. cit.*, n°187, p. 139.

²³⁴⁰ L. WEILLER, « L'arbitrage du XXI^e siècle », *Procédures*, fév. 2017, n°9.

²³⁴¹ Ancien article 2059 du Code civil.

²³⁴² Ancien article 2061 du Code civil.

²³⁴³ Article 2059 du Code civil. Cf. l'article 2060 pour les restrictions.

efficacité²³⁴⁴ : « la clause compromissoire *doit avoir été acceptée par la partie à laquelle on l'oppose*, à moins que celle-ci n'ait succédé aux droits et obligations de la partie qui l'a initialement acceptée »²³⁴⁵. Certes, perdure toujours une restriction tenant à la qualité des parties²³⁴⁶ (le texte distingue celui qui contracte en tant que professionnel et celui qui ne l'est pas), mais une option est ouverte puisque « celui qui ne contracte pas dans le cadre de son activité professionnelle peut [...] désormais valablement souscrire une clause compromissoire, sans que la mise en œuvre de celle-ci ne puisse toutefois lui être imposée puisque ladite clause lui est expressément déclarée inopposable par la loi »²³⁴⁷. Néanmoins, le nouveau critère de la régulation des clauses compromissoires dans les contrats internes incline à considérer à titre principal la prévisibilité comme critère de leur licéité, et l'on ne peut que souhaiter que cette nouvelle faveur conduise à une évolution semblable en matière de clause attributive de juridiction.

655. Conclusion de la sous-section 2 relative au contrôle de la prévisibilité normative – Les parties pourront souhaiter adapter leur exposition au risque en réduisant la prévisibilité résultant des dispositions légales. Le contrôle par le juge de la prévisibilité normative de telles clauses le conduit parfois à invalider certaines dispositions qui font peser un risque trop important sur l'une des parties au contrat. L'idéologie générale qui gouverne cet interventionnisme judiciaire procède de la considération d'une disproportion de forces entre les parties, retrouvant là un mécanisme similaire à celui qui prévaut en matière d'accroissement du devoir d'information pesant sur le professionnel dans les contrats de consommation. La loi pose ainsi une régulation préventive stricte en matière de clause attributive de juridiction *rationae loci*, en cantonnant leur effectivité aux relations entre seuls commerçants. Ce faisant, il apparaît que la régulation, qui cumule le critère de la prévisibilité de la clause et sa limitation *rationae personae* manque de cohérence. Il semble au contraire souhaitable de libéraliser leur usage dans les actes mixtes et dans les contrats conclus entre personnes n'ayant pas la qualité de commerçants²³⁴⁸, et d'assurer leur effectivité a posteriori *dès lors que* n'est pas démontrée l'existence d'un vice du consentement, ou l'imprévisibilité de la clause en raison du non-respect des exigences de forme prévues par la loi.

²³⁴⁴ L. WEILLER, préc., n°6.

²³⁴⁵ Nouvel article 2061 du Code civil.

²³⁴⁶ Ce qui peut s'expliquer en raison du coût de l'arbitrage.

²³⁴⁷ L. WEILLER, préc., n°10, p. 32.

²³⁴⁸ D'autant que c'est bien la qualité de commerçant qui est exigée, et non le caractère commercial de l'acte, ce qui exclut notamment le cautionnement d'une dette commerciale par une caution non-commerçante (Com. 25 mars 1997, n°95-10430, Bull. IV, n°79), ou encore l'artisan qui aurait accepté le paiement par effet de commerce (Com. 11 mai 1993, n°91-14734, Bull. IV, n°179).

656. Conclusion de la section 2 relative à la prévisibilité du contrat – Outre l'utilité du risque objet du contrat, le droit positif instaure un contrôle de la prévisibilité du contrat lui-même, afin que celui-ci ne constitue en tant que tel une source de risque pour les parties. L'*instrumentum*, autant que le *negotium*, pourra en effet receler certaines imprévisibilités néfastes qu'il apparaîtra nécessaire de réduire. Néanmoins, il apparaît indispensable d'encadrer ce pouvoir de contrôle, dans la mesure où il est susceptible sinon de se développer de manière imprévisible et de constituer ainsi en tant que tel un risque. En outre, certaines dispositions du droit positif apparaissent emporter un effet plus néfaste que bénéfique pour la prévisibilité. Ainsi, le développement du devoir d'information pourra faire peser une incertitude quant à l'étendue de celui-ci pour le contractant qui s'en trouverait être le débiteur. En outre le renforcement des exigences tenant à la lisibilité des stipulations les plus dangereuses apparaîtra parfois contre-productif : en mettant l'accent sur la mention particulièrement apparente de ces clauses, ne risque-t-on pas d'endormir la méfiance – ou la prudence – du cocontractant, incité par-là à ne prendre connaissance que des stipulations mises en exergue au détriment des autres ? Il semblerait ainsi plus judicieux de renforcer le contrôle de la prévisibilité intrinsèque et extrinsèque de l'ensemble des clauses du contrat, et d'abandonner les mesures destinées à attirer particulièrement l'attention sur certaines d'entre-elles. Cette mesure devrait ainsi conduire à l'abandon du critère de validité *rationae personae* des clauses attributives de juridiction pour la seule vérification de leur prévisibilité.

657. Conclusion du chapitre 2 relatif au contrôle de la régulation conventionnelle – Le principe de prévisibilité implique une protection des parties contre tout risque imprévisible qui viendrait perturber leurs prévisions. Il oblige dès lors à considérer l'ensemble des facteurs de risques afin d'en assurer la régulation : et le droit (que ce soit par l'action du législateur, du juge, de telle ou telle autorité administrative) est un parmi d'autres de ces facteurs.

A ce titre, le principe de prévisibilité imposera que les interventions ou les interférences des organes du droit dans le contrat *soient elles-mêmes soumises à cet impératif et ne créent pas de risque imprévisible pour les contractants* : par principe, et sous réserve des nécessités de l'ordre public, *ni le législateur, ni le juge ne doivent interférer dans le contrat d'une façon telle qu'elle conduise à créer un risque imprévisible pour les parties*. Finalement, c'est l'ensemble des acteurs intervenant dans le phénomène contractuel qui se trouvent soumis à ce principe essentiel qui le fonde : les contractants, les tiers, le juge, les organes de production du droit, etc.

Dès lors il apparaît que les prohibitions d'ordre public, fixées par le biais de règles impératives en amont de la conclusion du contrat, ne créent pas une telle imprévisibilité, dans la mesure où les parties sont censées en avoir eu connaissance par application de l'adage *nullum censare ignorare legem*. En revanche, les interventions *a posteriori* pour contrôler judiciairement l'utilité du risque ou la prévisibilité du contrat lui-même doivent être encadrées de façon à ce que procédant d'un critère objectif (l'appréciation de l'imprévisibilité formelle ou normative des clauses), elles ne contribuent pas elles-mêmes à créer un risque au détriment des contractants.

Conclusion du Titre II
relatif à une mise en œuvre encouragée :
la prévisibilité conventionnelle

658. Une liberté encouragée – Le droit contemporain des contrats laisse *une grande liberté aux parties pour organiser conventionnellement la gestion du risque pesant sur leurs prévisions*. Cette tendance a perduré dans la rénovation opérée en 2016, et l'on constate même de nouvelles incitations en ce sens, notamment, de façon paradoxale, à travers l'introduction de la révision judiciaire du contrat en cas d'imprévision dans laquelle il est possible de lire une incitation à la stipulation de clauses d'anticipation du risque d'imprévision. L'organisation d'une prévisibilité conventionnelle apparaît du reste *conforme à l'intérêt des contractants* qui trouvent là l'occasion d'exploiter au mieux les opportunités offertes par la nature même de cet acte de prévision qu'est le mécanisme contractuel.

659. Une liberté contrôlée – Une faculté de contrôle de tels aménagements conventionnels demeure néanmoins, justifiée par l'impératif de justice qui fonde la sanction du contrat par le droit. La loi, comme le juge, conserveront en effet la possibilité d'interdire certains accords, au nom de la justice ou de l'utilité du contrat, ce qui constitue une limitation nécessaire du pouvoir des parties lorsque celui-ci conduirait à créer un risque, parfois même sous prétexte pour une partie de s'en prémunir. La conciliation entre la liberté contractuelle et la justice dont le droit positif doit être le garant semble trouver *un point d'équilibre* dans le recours à un principe de prévisibilité, de nature à *justifier*, autant que *limiter*, l'imixtion de la loi et du juge dans la convention.

CONCLUSION

DE LA SECONDE PARTIE

660. Subsidiarité – L'étude des possibilités de mise en œuvre d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle permet de constater d'abord *l'existence d'une subsidiarité nécessaire entre la régulation légale du risque et la régulation assurée conventionnellement par les contractants*. La mise en œuvre de la prévisibilité par la loi se heurte en effet à certaines limites. Ses applications curatives semblent en effet se heurter à une *limite théorique* tenant à la conception classique du contrat en droit français : la définition du contrat comme un acte de prévision peut conduire en effet à redéfinir la force obligatoire comme la sanction des attentes légitimes des contractants, soit sur un fondement subjectif qui n'est pas sans danger pour la prévisibilité elle-même²³⁴⁹, et il y a là un paradoxe. Pourtant, cette redéfinition du contrat semble néanmoins être, sinon réalisée, du moins perceptible de façon ponctuelle, et elle peut, certes, apparaître souhaitable sous certains aspects²³⁵⁰. Le recours à la notion de prévisibilité contractuelle érigée en principe, dans le cadre théorique que lui fixe la nature même du contrat, nous semble de ce point de vue pouvoir constituer un élément utile de pondération dans le cas où cette évolution subjectiviste devrait se poursuivre. La mise en œuvre d'une prévention légale du risque se trouve de toute façon limitée d'autre part, *sur le plan technique*, par un certain nombre de contraintes liées à la source même du risque.

Il semble donc souhaitable que la loi renvoie la responsabilité principale de la mise en œuvre de la prévisibilité aux parties elles-mêmes, quitte à assurer un contrôle des aménagements conventionnels en ce sens. Or le principe de prévisibilité apparaît de ce point de vue apte à tout à la fois à guider la mise en œuvre d'une régulation conventionnelle du risque par les parties, et à encadrer son contrôle par la loi et le juge...

661. Polyvalence – Cette utilité nous semble constituer un apport non négligeable, qui plaide dans le sens de la reconnaissance d'un tel principe. Sa généralité lui confère en effet une

²³⁴⁹ V. not. : H. LECUYER, « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 44 ; T. GENICON, « Contrat et protection de la confiance », in *Les principes directeurs du droit des contrats*, Journée franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT, Bologne, 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013.336.

²³⁵⁰ V. not. : H. KENFACK, « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat? », in *Actes du colloque organisé le 22 juin 2007 par le laboratoire DANTE de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*, Dalloz, 2008, p. 117 et s.

polyvalence appréciable pour assurer la cohérence d'ensemble des règles qui visent à prendre en compte le risque contractuel. La reconnaissance d'un principe de prévisibilité contractuelle donnerait ainsi naissance à une norme à destination tant des parties que des organes de production du droit, tout à la fois pour guider et limiter leur action.

662. Un principe utile – Au terme de cette recherche, il est alors possible de s'interroger sur le caractère opportun d'une reconnaissance d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle. L'étude des axes possibles de sa mise en œuvre permet de constater ses utilités évidentes, tout en ayant conscience de ses limites indéniables. Il nous semble pourtant que la notion de prévisibilité contractuelle, exploitée dans toute la richesse théorique que recèle sa généralité, porte en elle ses propres limites techniques. A la différence d'autres notions telles que la confiance ou l'attente légitimes, son essence même permet de se prémunir contre la tentation d'un droit excessivement subjectiviste. Contrairement à la théorie de l'apparence, au principe de cohérence, au devoir de bonne foi ou encore au principe de sécurité juridique, elle offre la possibilité d'une prise en compte *globale*, aux fins d'harmonisation, des diverses règles du droit consacrées à la gestion du risque. Dotée d'une amplitude théorique remarquable elle n'est pas pour autant une notion floue : portant en elle-même les éléments de modération de sa mise en œuvre, elle interdira toute création d'un risque qui aurait pour fin, paradoxalement, de se prémunir d'un risque.

Elle nous semble enfin offrir l'opportunité d'une nouvelle coopération contractuelle, que ce soit entre les parties, ou avec le juge, tous au service de l'efficacité du contrat, subjugués sous la même loi.

CONCLUSION GENERALE

Dimension normative de la prévisibilité contractuelle – Au terme de ce travail de recherche, il apparaît que l'évolution contemporaine du droit des contrats manifeste, de façon plus ou moins explicite, l'existence d'un souci constant et transversal d'empêcher les prévisions contractuelles d'être bouleversées par un risque que les parties n'auraient pas été en mesure d'anticiper. Le droit positif recèle en effet un nombre certain de manifestations de la notion de prévisibilité, soit en amont de la survenance du risque, où elle prend alors la forme d'une exigence essentiellement comportementale et fonde un certain nombre de mécanismes à vocation préventive, soit en aval, au moment de sa réalisation, où elle aura pour fonction de départager la sanction des événements perturbateurs des prévisions contractuelles.

Cet ensemble de constats permet donc de vérifier l'hypothèse de départ selon laquelle la notion de prévisibilité contractuelle dépasse la définition habituellement retenue de la prévisibilité comme simple caractéristique d'un événement : l'examen du droit positif permet en effet de vérifier qu'appliquée au phénomène contractuel, la notion acquiert une dimension *nettement plus impérative et dynamique*. La prévisibilité étant nécessaire au contrat, elle comporte donc en cette matière, outre son sens commun habituel, *une réelle fonction normative qui la rend apte à constituer le support d'un grand nombre de règles techniques*, ce en quoi elle apparaît comme un véritable instrument de politique juridique.

Hétéronomie de la prévisibilité – Un deuxième constat s'impose néanmoins : quoi que partout présente, la prévisibilité contractuelle demeure encore une notion cachée, du moins dans sa fonction normative évoquée. Elle est un fondement sous-jacent et, ce faisant, il est possible de constater un éclatement des règles tendant à mettre en œuvre une régulation des risques, lequel est la cause d'incohérences persistantes. Pourtant, l'étude du concept de *risque contractuel* permet de conclure à son caractère unitaire, sous l'apparente diversité de ses sources : nous proposons de le définir comme *l'éventualité que la réalisation future d'un événement actuellement indéterminé mais connu des parties, ou que la révélation future d'un*

*événement déterminé mais inconnu des parties, soit contraire à leurs prévisions*²³⁵¹. Il apparaît alors que la régulation du risque doit elle aussi se réaliser de manière unitaire, dans la mesure où elle procède d'une seule et même idée, qui est de rendre, si ce n'est certaine, du moins *prévisible* cette réalisation ou cette révélation. Or, les fondements retenus sont divers : une certaine morale contractuelle sous-tend le devoir de bonne foi et le principe de cohérence ; le principe de liberté contractuelle explique le devoir d'information ; l'Etat de droit rend nécessaire le principe de sécurité juridique, etc. En conséquence de cette hétéronomie de la prévisibilité *la régulation du risque est apparue affectée de certaines incohérences*. Ainsi du devoir d'information, assis sur le seul constat de l'inégalité dans l'accès à l'information, qui pourra conduire à une imprévisibilité de l'information due par le débiteur de l'information. De la faveur excessive, désormais consacrée à l'article 1139 du Code civil, à l'égard du contractant qui aurait pu, voire du, se renseigner, dès lors qu'il démontrerait l'existence d'une réticence dolosive de son cocontractant. Du principe de force obligatoire du contrat, qui postule son intangibilité, mais qui est néanmoins sujet à tellement d'exceptions (découverte d'obligations implicites par le juge, consécration de la théorie de l'imprévision à l'occasion de la réforme, etc.) que cette intangibilité apparaît désormais en grande partie illusoire. Du principe de non rétroactivité des lois et de survie de la loi ancienne qui cède devant les exigences de l'ordre public et échoue à assurer une régulation efficace du risque jurisprudentiel ; etc. L'absence d'émancipation de la prévisibilité de ses anciens « véhicules » laisse donc ceux-ci en concurrence avec d'autres ensembles de règles techniques sans possibilité de fixer le critère susceptible de les départager. Au contraire, il nous semble possible de proposer une autonomie de la notion de prévisibilité, qui permettrait de l'ériger en fondement des ces mécanismes techniques, et ce faisant, de les inscrire dans un cadre gouverné par une valeur supérieure qui serait en capacité d'arbitrer le jeu des simples règles techniques. Au terme de cette recherche, *la prévisibilité contractuelle apparaît donc comme ayant une finalité essentiellement théorique, dont vont découler des utilités techniques : elle n'a en effet pas vocation à se substituer aux règles existantes, mais à les subjuguer...*

Une autonomie possible et souhaitable – Nous avons souhaité montrer qu'en l'état actuel du droit positif et de la réflexion doctrinale, cette émancipation semble tout à la fois *possible* et *souhaitable*. Elle semble *possible* car l'on constate une faveur significative à l'égard des notions et mécanismes qui constituent les « véhicules » de la prévisibilité dans le droit positif

²³⁵¹ Cf. *supra* n°197.

actuel. L'on a pu ainsi observer le développement du devoir d'information, tout à la fois de plus en plus exigeant (tant sur le plan qualitatif que quantitatif) et de plus en plus personnalisé qui se trouve désormais consacré par l'article 1112-1 du Code civil ; la confirmation, par les articles 1104 et 1112 du Code civil, de l'intérêt jamais démenti pour la bonne foi sous son aspect de norme de comportement, et la consécration du principe de cohérence qui en est le corollaire ; la consécration du principe de sécurité juridique, du moins dans son volet objectif, dont la prévisibilité constitue l'essence, et l'intérêt grandissant envers le principe de protection de la confiance légitime. Et si l'ordonnance du 10 février 2016 s'est refusée à placer le droit rénové à l'ombre de principes généraux ou directeurs tutélaires, force est de relever l'omniprésence de la prévisibilité au sein des « valeurs » auxquelles on reconnaît généralement cette qualité, ainsi que la présence diffuse de ces mêmes valeurs dans le droit positif. En outre, le constat du caractère transversal de ses applications tant *de lege lata* que *de lege feranda*, et l'examen de son utilité théorique, font apparaître la notion de *prévisibilité comme répondant à la définition matérielle d'un principe directeur de la matière*.

Elle semble en outre *souhaitable*, car la notion de prévisibilité contractuelle, parce qu'elle apparaît comme un élément explicatif pertinent de mécanismes juridiques très divers, à différents stades de la vie du contrat, peut être vue comme *un élément opportun d'unification des principales techniques de régulation du risque contractuel*, laquelle se trouve conditionnée par la reconnaissance, si ce n'est par la loi du moins par la jurisprudence, d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle. Elle induit en outre *une relativisation de la chronologie classique du contrat* qui conduisait à identifier la naissance des prévisions sanctionnables à la seule conclusion du contrat : ce faisant, le recours à la notion de prévisibilité semble être le fondement le plus efficace pour proposer une réponse dynamique à la notion de risque contractuel qui implique, par nature, un caractère diffus tout au long du temps contractuel.

Définition de la prévisibilité contractuelle – L'étude de ses manifestations et de ses utilités permet donc de proposer une définition de la prévisibilité contractuelle comme *une norme visant à réguler les rapports des prévisions contractuelles avec le risque, soit à titre préventif, soit une fois ce risque réalisé, en conditionnant la sanction du droit à la considération de l'anticipation pouvant être raisonnablement faite de ce risque par les parties*.

Apport du recours à la prévisibilité dans la régulation du risque – L'examen de la mise en œuvre *de lege feranda* du principe proposé fait apparaître plusieurs utilités.

En premier lieu la prévisibilité constitue un facteur de pondération des fondements actuels ou suggérés de la régulation du risque, en plaçant au cœur de celle-ci *une exigence de responsabilité des contractants*, conséquence directe de leur liberté. Elle permet ainsi tout à la fois de justifier le principe du devoir d'information, et d'en limiter le champ au seul risque imprévisible pour le créancier et prévisible par le débiteur. Elle préserve la liberté de rompre les négociations, tout en permettant de caractériser l'abus dans l'exercice du droit de rupture. Elle s'oppose à une police des clauses contractuelles trop intrusive en renvoyant les parties à leur propre devoir de prudence lors de la conclusion du contrat. Elle enjoint de maintenir l'offre pendant un délai raisonnable au bénéfice du destinataire, mais impose que ce même délai puisse faire l'objet d'une détermination prévisible par le pollicitant...

En second lieu, il nous semble que le recours à la prévisibilité contractuelle permettrait en outre de trouver un point d'équilibre entre la nécessaire prise en compte des attentes des parties et le danger d'une refondation subjective du contrat. De ce point de vue, la prévisibilité permet de proposer une pondération objective de la protection de la croyance légitime reposant sur l'appréciation de la prévisibilité du risque qui la contrarie.

Enfin, la reconnaissance de l'exigence de prévisibilité comme fondement de la régulation des risques au sein du mécanisme contractuel semble constituer un critère efficace de répartition des rôles entre la régulation légale et la régulation conventionnelle. L'étude du champ d'action des règles positive fait en effet apparaître leur efficacité limitée, et incline à promouvoir une régulation principalement conventionnelle – qui apparaît en outre conforme à l'intérêt des parties pour qui la contractualisation du risque apparaît comme un facteur d'optimisation de l'utilité du contrat – tout en ménageant un contrôle subsidiaire de la justice des aménagements contractuels du risque. Ce constat rend souhaitable une accentuation des incitations légales à la mise en place d'une prévisibilité conventionnelle, tant en ce qui concerne la prévention du risque que l'anticipation de la gestion du risque réalisé.

Déclinaisons du principe directeur de prévisibilité contractuelle – Il nous semble dès lors que la reconnaissance d'un principe directeur de prévisibilité contractuelle pourrait s'organiser en trois ensembles de déclinaisons :

1^{ère} déclinaison : *Mettre en place les conditions d'une régulation prévisible du risque légal, jurisprudentiel, et judiciaire* :

- En assurant une protection constitutionnelle de principe de la non-rétroactivité des lois et de la survie de la loi ancienne en droit des contrats, et en conditionnant l'application par le

juge aux contrats en cours d'une loi nouvelle d'ordre public mais dépourvue de dispositions expresses en ce sens, à la démonstration que celui à qui l'on veut l'appliquer, soit connaissait, soit avait la possibilité de connaître l'éventualité de la réforme et donc d'en anticiper les conséquences sur la convention conclue.

- En conditionnant l'augmentation par le juge du contenu contractuel à la recherche de la réciprocité du caractère prévisible de l'obligation implicite. Le juge devrait ainsi viser expressément tant les éléments d'anticipation dont disposait le créancier supposé pour fonder la légitimité de son attente, que ceux à partir desquels il était possible pour le débiteur d'anticiper ce qui serait attendu de lui, dans la mesure où *ce qui était raisonnablement attendu par l'un ne pouvait être raisonnablement ignoré par l'autre*.

- En modifiant l'article 1116 alinéa 1 du Code civil : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable *en tenant compte soit de l'usage soit des relations antérieures ou en cours des parties* ».

- En modifiant l'article 1117 alinéa 1 du Code civil: « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable *en tenant compte soit de l'usage soit des relations antérieures ou en cours des parties. A défaut elle est caduque à l'issue d'un délai de deux mois* »

2^{ème} déclinaison : *Imposer une coopération équilibrée entre les contractants en mettant l'accent sur la responsabilité de chacun dans la prise en compte du risque pesant sur son engagement*. Cela devrait conduire notamment à :

- Modifier l'article 1112-1 du Code civil : « *Celle des parties qui connaît ou devrait connaître une information dont elle sait ou devrait savoir qu'elle a une importance déterminante pour le consentement de l'autre, doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette-dernière ignore cette information et peut en attendre raisonnablement la communication de sa part* ».

- Modifier l'article 1139 du Code civil, à défaut d'une interprétation en ce sens par la jurisprudence, pour conditionner la nullité en cas de réticence dolosive à la vérification de l'absence pour l'*errans* d'obligation de se renseigner.

- Ajouter un second alinéa à l'article 1122 du Code civil : « *Le bénéficiaire du droit de rétractation est réputé y avoir renoncé lorsque, ayant connaissance de ce droit et du délai pour l'exercer, il accomplit tout acte rendant imprévisible pour l'autre partie son exercice ultérieur* ».

- Supprimer l'action interrogatoire introduite par l'article 1123 de l'ordonnance du 10 février 2016 en matière de pacte de préférence, et imposer une publicité de celui-ci de façon à instaurer une présomption irréfragable de prévisibilité à l'égard du tiers dont le bénéficiaire demanderait la substitution. Limiter l'action du bénéficiaire en cas de conclusion d'un contrat en violation du pacte de préférence assorti d'une clause de confidentialité à la seule obtention de dommages et intérêts.

3^{ème} déclinaison : *Renforcer les incitations à l'égard de l'anticipation conventionnelle du risque, qui doit être de principe :*

- En modifiant le deuxième alinéa de l'article 1195 du Code civil et en ajoutant un troisième alinéa : *« En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent demander d'un commun accord au juge de procéder à l'adaptation du contrat. A défaut, une partie peut demander au juge d'y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.*

Par exception, le juge peut procéder à la révision du contrat dès lors que celle-ci était prévisible par les contractants lors de la formation du contrat ».

- En imposant la présence dans les contrats-cadres d'éléments permettant à tout le moins de rendre prévisible les modalités ultérieures du calcul du prix.

- En modifiant l'article 1304 alinéa 1 du Code civil : *« L'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain, ou d'un événement actuel mais imprévisible pour les parties ».*

- En admettant la conclusion de contrats d'assurance portant sur un risque réalisé, mais dont les parties ignorent la réalisation.

Si, au vu de l'évolution d'ensemble du droit contemporain, l'avenir de la notion de prévisibilité dans le droit des contrats apparaît de moins en moins imprévisible, force est de constater qu'à l'heure où nous écrivons ces dernières lignes, dans l'attente notamment de la ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 par le Sénat, il est encore incertain... Mais comme le disait l'armateur MOREL encore sans nouvelles de son précieux navire à son créancier : *« l'incertitude, c'est encore l'espérance »*²³⁵²...

²³⁵² A. DUMAS, *Le comte de Monte-Cristo*, préf. G. SIGAUX, La Pléiade, n° 290, 1981.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

1. *Manuels et traités*

- ANCEL (M.-E.), DEUMIER (P.), LAAZOUZI (M.), *Droit des contrats internationaux*, Sirey, coll. Université, 2017
- AYNES (L.), CROQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso éditions, 11^e éd., 2017
- BEGUIN (J.), MENJUCQ (M.) (s. la dir.), *Droit du commerce international*, LexisNexis, 2013
- BEIGNIER (B.), BLERY (C.), THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *Introduction au droit*, LGDJ, 2016
- BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, 5e éd., coll. Méthode du droit, Dalloz, 2012
- BEUSCART (J.-S.), DAGIRAL (E.), PARASIE (S.), *Sociologie d'internet*, Armand Collin, coll. Cursus série sociologie, 2016
- BIGOT (J.) (s. la dir.), *Traité de droit des assurances*, t.3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, Lextenso éditions, 2^e éd., 2014
- CAPITANT (H.), TERRE (F.), LEQUETTE (Y.), CHENEDE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, 13^e éd., 2015
- CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 1 et 2, PUF, coll. Quadriges, 1^{ère} éd., 2004
- CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016
- CHENEDE (F.), *Le nouveau droit des obligations et des contrats. Consolidations – Innovations – Perspectives*, Dalloz, 2016
- CHEVALIER (J.), *Histoire de la pensée, 1. La pensée antique*, Flammarion, 1955
- COLLART DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015
- COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat*, coll « Connaissance du droit », 4^e éd., 2010
- COURET (A.), LEDOUBLE (D.), *La maîtrise des risques dans les cessions d'actions*, 1994, coll. Pratique des affaires, GLN Joly
- DAVID (R.), PUSGLEY (D.), *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^e éd. 1985
- DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, A. Rousseau, 1911
- DEMOLOMBES, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, in *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, 1877, Paris, Durand

DESHAYES (O.), GENICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexis Nexis, 2016

DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015 ; *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du code civil*, Dalloz, 2016

DOMAT, *Les Loix civiles dans leur ordre naturel ; le droit public, et legum delectus*, Livre I, Paris, 1746 ; *Traité des Lois*, Chap. V, 5.

DOUVILLE (T.) (s. la dir.), *La réforme du Droit des contrats, commentaire article par article*, Gualino, 2016

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. Thémis, 4^e éd., 2016

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, XIV et XV, 1827-1836, Videcoq, Paris

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Les obligations. 1. L'acte juridique : le contrat, formation, effets, actes unilatéraux, actes collectifs*, 16^e éd., coll. Sirey Université, Sirey, 2014,

LONG (M.), WEIL (P.), BRAIBANT (G.), DELVOLVE (P.), GENEVOIS (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 21^e éd., 2017

GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), OLIVIA (E.), ROUX (A.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 18^e éd., 2016

GAUTIER (P.-Y.), *Propriété littéraire et artistique*, PUF, coll. droit fondamental, 10^e éd., 2017

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.), SERINET (Y.-M.), *Traité de droit civil, La formation du contrat*, t. 1, *Le contrat, le consentement*, LGDJ, Lextenso éditions, 4^e éd., 2013

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994

GHESTIN (J.), *Traduction française des trois premiers livres du DCFR*, Fondation pour le droit continental, 2008

GROUDEL (H.), *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Lexis Nexis, 2008

HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008

HOUTCIEFF (D.), *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigmes Manuels, 2017

ISAMBERT, DECRUSY, TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. XIV, Paris, 1829

JACQUET (J.-M.), DELEBECQUE (Ph.), CORNELOUP (S.), *Droit du commerce international*, 3^e éd., 2014

JOBART-BACHELLIER (M.-N.), BACHELLIER (X.), BUC LAMENT (J.), *La technique de cassation*, Dalloz, 8^e éd., 2013

JULIEN (J.), *Droit de la consommation*, LDGJ, Lextenso éditions, 2017

- LARROUMET (C.)**, *Droit civil*, t. 3, *Les obligations, le contrat*, 1^{ère} partie : *Conditions de formation*, Economica, 8^e éd., 2016
- LE GALLOU (C.)**, *Droit des sûretés – Droit des entreprises en difficulté*, Larcier, coll. Paradigme, 2015
- LE TOURNEAU (Ph.)** (s. la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Dalloz action, 10^e éd., 2014 ; *Contrats informatiques et électroniques*, Dalloz, 9^e éd., 2017-2018 ; *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Paris, Dalloz, 2000
- LEBRETHON (F.)**, *Petite Somme Théologique de Saint Thomas d'Aquin*, t. 2, Paris, 1861
- MALAUURIE (Ph.)**, **AYNES (L.)**, **STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *Droit des obligations*, LGDJ, Lextenso éditions, 8^e éd., 2016
- MAZEAUD (H. et L.)**, **CHABAS (F.)**, t.1, 1^{er} vol., *Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., 2000
- MAZEAUD (H., L. et J.)**, **CHABAS (F.)**, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés, Publicité foncière*, 7^e éd. par Y. PICOD, Montchrestien, 1999
- MOREAU (F.)** (s. la coord.), *Comprendre et gérer les risques*, Editions d'organisation, 2002
- MOUSSERON (J.-M.)**, **RAYNARD (P.)**, **SEUBE (J.-B.)**, *Technique contractuelle*, Editions Francis Lefebvre, 5^e éd., 2017
- NICOLAS (V.)**, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, 2012
- OLIVIER-MARTIN (F.)**, *Histoire du droit français des origines à la Révolution*, Editions du CNRS, 1992
- PORTALIS (F.)**, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, par J-E-M PORTALIS, Paris, Joubert, 1844
- POTHIER**, *Traité des obligations ; Traité du contrat de vente*
- RACINE (J.-B.)**, **SIIRIAINEN (F.)**, *Droit du commerce international*, 2^e éd., Dalloz, 2011
- ROUTIER (R.)**, *Obligations et responsabilité du banquier*, Dalloz, 3^e éd., 2012
- SIMLER (Ph.)**, **DELEBECQUE (Ph.)**, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd. 2016.
- TERRE (F.)**, **SIMLER (Ph.)**, **LEQUETTE (Y.)**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013
- TESTU (F.-X.)**, *Contrats d'affaires*, Dalloz, coll. Dalloz référence, 1^{ère} éd., 2010.

2. Dictionnaires, lexiques et répertoires

- ALLAND (D.)**, **RIALS (S.)**, (s. la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, coll. Quadrige, 2003
- CABRILLAC (R.)** (s. la dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lexis Nexis, 7^e éd., 2015

CORNU (G.) (s. la dir), *Vocabulaire juridique*, Association Henri CAPITANT, 11^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2016 ; *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, Domat droit privé, 13^e éd., 2007

DROSS (W.), *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, Lexis Nexis, Litec, 3^e éd., 2016

GUINCHARD (S.), **DEBARD (T.)**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 23^e éd., 2015

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2010

MESTRE (J.), **RODA (J.-C.)** (s. la dir.), *Les principales clauses des contrats d'affaires*, Lextenso éditions, 2011

Mission d'appui aux partenariats public-privé : *Clausier-type de contrats de partenariat* (www.economie.gouv.fr).

ROLAND (H.), **BOYER (L.)**, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999

II. Ouvrages spéciaux

1. Thèses et monographies

AMELON (J.-L.), **CARDEBAT (J.-M.)**, *Les nouveaux défis de l'internationalisation, Quel développement international pour les entreprises après la crise ?*, Editions De Boeck université, 2010, p. 259 et s.

ANCEL (M.-E.), *La prestation caractéristique du contrat*, préf. L. AYNES, Economica, 2002

AUBERT (J.-L.), *Notions et rôle de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, préf. J. FLOUR, LGDJ, 1970

BATTEUR (A.), *Le mandat apparent en droit privé*, Caen, 1989

BECHILLON (D. DE), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997.

BECHILLON (M. DE), *La notion de principe général en droit privé*, préf. B. SAINTOURENS, PUAM, 1998

BEN MERZOUK (E.), *La sécurité juridique en droit positif*, Paris II, 2003

BENABENT (A.), *La chance et le droit*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2014

BENABOU (V.-L.), **CHAGNY (M.)** (s. la dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008

BERLIOZ (G.), *Le contrat d'adhésion*, préf. B. GOLDMAN, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, t. 132, 1973

BONNEAU (T.), *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, préf. M. GOBERT, PUF, 1990

BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, préf. Y. LOUSSOUARN, Paris, 1992

- CALAIS-AULOY (J.)**, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, préf. H. CABRILLAC, LGDJ, 1959
- CALMES (S.)**, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, préf. D. TRUCHET, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. I, 2001
- CARBONNIER (J.)**, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001 ; *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 1994
- CARDOSO-ROULOT (N.)**, *Les obligations essentielles dans les contrats de droit privé*, préf. E. LOQUIN, L'Harmattan, 2006
- CELICE (B.)**, *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1968, n°174
- CESARO (J.-F.)**, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIE, éditions Panthéon Assas, 2003
- CHABAS (J.)**, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Paris, 1931
- CHABAULT (V.)**, *Sociologie de la consommation*, Dunod, 2017
- CHAGNY (M.)**, **BENAMOU (V.-L.)**, *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008
- CHANTEPIE (G.)**, *La lésion*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2006
- CONCHE (M.)**, *L'aléatoire*, coll. Perspectives critiques, PUF, 1999
- COLLART DUTILLEUL (F.)**, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988
- CORREA-ANGEL (D.-X.)**, *La stabilité juridique dans le droit international des investissements : étude sur le cadre juridique de l'investissement international*, th. Paris II, 2012
- COURDIER (A.-S.)**, *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, 2003
- COVIAUX (J.-C.)**, *L'habitude individuelle dans le droit des obligations*, Paris II, 1973
- CRESP (M.)**, *Le temps juridique en droit privé, essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2010.
- DANIS-FATÔME (A.)**, *Apparence et contrats*, préf. G. VINEY, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, 2004
- DEFRENOIS-SOULEAU (I.)**, *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du code civil)*, Paris II, 1979
- DELEBECQUE (Ph.)**, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, PUAM, 1981
- DELMAS-MARTY (M.)**, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994
- DIEUX (X.)**, *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui. Essai sur la genèse d'un principe général de droit*, préf. M. HANOTIAU, Bruylant, LGDJ, 1995
- DUFOUR (G.)**, *Sécurité juridique et règles de droit. Illustrations en droit des contrats*, Lille II, 2005
- FABRE-MAGAN (M.)**, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du droit, 2015
- FAGES (B.)**, *Le comportement du contractant*, préf. J. MESTRE, PUAM, 1997.
- FAUVARQUE-COSSON (B.)** (s. la dir.), *La confiance légitime et l'Estoppel*, Société de législation comparée, vol.4, 2007.

- FERNET (M.)**, *La langue et le droit dans les relations commerciales internationales*, th. Dijon, 2009, spéc. p. 183 et s.
- GENICON (T.)**, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. LEVENEUR, Paris II, LGDJ, 2007
- GHESTIN (J.), DESCHE (B.)**, *La vente*, LGDJ, 1990
- GHESTIN (J.)**, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. BOULANGER, th. Paris, LGDJ, 1963.
- GODE (P.)**, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. PATARIN, PUF, 1977
- GORPHE (F.)**, *Le principe de bonne foi*, Paris, 1928
- GOUNOT (E.)**, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Dijon, 1912
- GRIMALDI (C.)**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2007
- GRYMBaum (L.), NICOD (M.)** (s. la dir.), *Le solidarisme contractuel*, Economica, 2004
- GUERLIN (G.)**, *L'attente légitime du contractant*, Amiens, 2008
- HAUSER (J.)**, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique, contribution à la théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1971
- HEINICH (J.)**, *Le droit face à l'imprévisibilité du fait*, préf. J. MESTRE, Aix-Marseille, 2013.
- HOTTE (S.)**, *La rupture du contrat international. Contribution à l'étude du droit transnational des contrats*, préf. J-M JACQUET, Defrénois, 2007
- HOUTCIEFF (D.)**, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, préf. H. MUIR-WATT, PUAM, 2001
- JALUZOT (B.)**, *La bonne foi dans les contrats, Etude comparative de droit français, allemand et japonais*, préf. F. FERRAND, Lyon, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001
- KHAN (R.)**, *La notion de l'aléa dans les contrats*, Paris, 1924
- LITTMANN (M.-J.)**, *Le silence et la formation du contrat*, th. dactyl., Université de Strasbourg, 1969
- LOUIS-LUCAS (P.)**, *Volonté et cause: étude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Paris, 1918
- MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992
- NOBLOT (C.)**, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, préf. F. LABARTHE, LGDJ, coll. Bibl. de dr. pr., t. 382, 2002
- OBELLIANNE (S.)**, *Les sources des obligations*, préf. D. FENOUILLET, PUAM, 2009
- PENIN (O.)**, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y LEQUETTE, LGDJ, 2012
- PEZ (T.)**, *Le risque dans les contrats administratifs*, préf. P. DELVOLVE, Paris II, LGDJ, 2013, Bibliothèque de droit public.

- PIAZZON (T.)**, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, Defrénois, coll. Doctorat & Notariat, t. 35, 2009
- PIMONT (S.)**, *L'économie du contrat*, préf. J. BEAUCHARD, PUAM, 2004
- PRIETO (C.)**, (s. la dir.), *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003
- RIALS (S.)**, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, préf. P. WEIL, LGDJ, coll. Bibl. de dr. public, t. 135, 1980
- RIPERT (G.)**, *La règle morale dans les obligations civiles*, coll. Anthologie du droit, LGDJ-Lextenso, 2014
- RIPERT (G.)**, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1998
- ROCHFELD (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2013
- ROUBIER (P.)**, *Théorie générale du droit*, préf. D. DEROUSSIN, Dalloz, 2^e éd., 2005
- ROUHETTE (G.)**, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris, 1963
- SCHMIT (L.-M.)**, *Les définitions en droit privé*, préf. J. JULIEN, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse I Capitole, 2017
- SCHULZ (R.)**, *L'intervention de l'assureur au procès pénal – Contribution à l'étude de l'action civile*, th. Nancy, 2009
- SEFTON-GREEN (R.)**, *La notion d'obligation fondamentale: comparaison franco-anglaise*, Paris, 1997, LGDJ, 2000
- STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LGDJ, coll. Bibl. de dr. privé, t. 337, LGDJ, 2000
- STOFFEL-MUNCK (Ph.)**, *Regards sur la théorie de l'imprévision. Vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, PUAM, 1994
- TALEB (N. N.)**, *Le cygne noir – La puissance de l'imprévisible*, trad. C. RIMOLDY, Les belles lettres, 3^e éd., 2012
- TAORMINA (G.)**, *Contribution à l'étude de l'apparence et de l'inexistence en matière contractuelle*, Paris XII, 1991
- THEROND (P.-E.)**, *Mesure et gestion des risques d'assurance : analyse critique des futurs référentiels prudentiel et d'information financière*, Lyon, 2001
- THIBIERGE (L.)**, *Le contrat face à l'imprévu*, préf. L. AYNES, Paris I, Economica, 2010
- TISSEYRE (S.)**, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats : essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. FABRE-MAGNAN, Aix-en-Provence, PUAM, 2012
- TOUBOUL (F.)**, *Le principe de sécurité juridique, Essai de législation*, Paris XI, 1996
- VALEEMBOIS (A.-L.)**, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préf. B. MATHIEU, LGDJ, coll. Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, 2005
- VERDUN (F.)**, *La gestion des risques juridiques*, Editions d'Organisation, 2006

VIDAL (L.), *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005, p. 179

VILLEY (M.), *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. Quadrige, 2009

VOGEL (L. et J.), *La négociation commerciale depuis la Loi Hamon*, Lawlex, Bruylant, 2015

ZENATI (F.), *La jurisprudence*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1991

2. Travaux collectifs, rapports, études

American Chamber of Commerce in France : « Baromètre AmCham-Bain » (2014, 2015)

CATALA (P.) (s. la dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006

C.C.I / I.C.C., *Règles et usances uniformes 600* (2007) ; *International Commercial Terms* (2010)

Comité national des Conseillers du commerce extérieur de la France : « Indice d'Attractivité du Territoire » (2016)

Conseil d'Etat : « Sécurité juridique et complexité du droit », *Rapport 2006*, La documentation française ; « Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'«ubérisation» », *Rapport 2017*, La documentation française

CORLAY (P.), **FENOUILLET (D.)** (s. la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003

Cour de cassation : « Le droit de savoir », *Rapport annuel 2010*.

Cour des comptes : « L'écotaxe poids-lourds : un échec stratégique, un abandon couteux », *in. Rapport public de la Cour des comptes*, 2017, p. 208 et s.

C.R.E.D.O.C., « Le profil des acheteurs à distance et en ligne – Étude réalisée pour le compte de la F.E.V.A.D, La Poste, Reed Exhibitions, C.C.I Grand Lille », 2012 (consulté le 12/10/2017 sur www.credoc.fr).

EY : « Baromètre de l'attractivité économique de la France » (2013, 2014, 2015, 2016)

FAUVARQUE-COSSON (B.), **MAZEAUD (D.)** (s. la coord.), *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Association H. CAPITANT, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 7, 2008 ; *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, 2003

F.E.V.A.D., « Les chiffres clés 2016-2017 », (consulté le 12/10/2017 sur www.fevad.com)

Fondation pour le droit continental : *Index de la sécurité juridique* (2016)

International Trade centre : « *Model Contracts for Small Firms : Legal Guidance for Doing International Business* », (2010)

JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (s. la dir.), *L'harmonisation européenne du droit des contrats*, Economica, 2001

LACASSE (N.), PERRET (L.) (s. la dir.), *La gestion des risques dans les contrats internationaux*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1991

LACROIX (J.), « Analyse et gestion des risques dans les grandes entreprises, impacts et rôle pour la DSI », *Rapport CIGREF/IERSE*, 2007 (consulté le 5.02.2017 sur www.cigref.fr)

MASCALA (C.) (s. la dir.), *A propos de la sanction*, *Travaux de l'IFR Mutation des normes juridiques de l'Université Toulouse I Capitole*, PUSS, 2007

Ministère de la Justice : *Projet de réforme de la responsabilité civile* (mars 2017)

MOLFESSIS (N.), CASTRIES (H. DE), *Sécurité juridique et initiative économique*, Le club des juristes, mai 2015

O.C.D.E., « France, vers des orientations stratégiques plus claires », *Examen de l'OCDE de la réforme de la réglementation* (2004)

Organisation internationale de normalisation : ISO Guide 73 – *Vocabulaire du management du risque*

OUTIN-ADAM (A.), ARNAUD-FARAUT (F.) (s. la coord.), « Droit des affaires : enjeux d'attractivité internationale et de souveraineté », *Etudes de la CCI Paris Île-de-France*, mai 2015

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, J.O.R.F 11 février 2016, texte n°25.

ROUHETTE (G.) (s. la dir.), *Principes du droit européen des contrats (version française)*, Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, vol. 2, 2003

SENAT: « Projet de loi relatif à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures » (2014) ; « Le contrat 'Écomouv' : un contrat exceptionnel » (2014)

VON BAR (C.), CLIVE (E.), SCHULTE-NÖLKE (H.) (s. la dir.), *Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Outline Edition*, Sellier European law publishers, 2009

III. Articles et chroniques

1. Revues et autres

AMATO (C.), « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation », in. *Les principes directeurs du droit des contrats* (Journées franco-italiennes de l'Association H. CAPITANT, Bologne, 19-20 octobre 2012), *RDC* 2013.351

AMRANI-MEKKI (S.), MEKKI (M.), « Droit des contrats, décembre 2010 - janvier 2012 », *D.2012.464*

ANCEL (J.-P.), « Les opinions dissidentes », *Cycle de conférences annuelles sur les méthodes de jugement*, 5^{ème} conférence, 18 octobre 2005 (site internet de la Cour de cassation)

ANCEL (P.), « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTDCiv.1999.771* ; « Imprévision », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, mai 2017 ; « La responsabilité contractuelle », *in. Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 243

ANTIPPAS (J.), « De la bonne foi précontractuelle comme fondement de maintien de l'offre durant le délai indiqué », *RTDCiv.2013.27*

ANTOINE (J.), « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA 2004.80*.

ASKENAZY (Ph.), CELERIER (C.), IRAC (D.), « Vente à distance, internet et dynamiques des prix », *Economie & prévision 2010/3* (n° 194), p. 5

ATIAS (C.), « L'influence des doctrines dans l'élaboration du Code civil », *in. GAUVARD (C.)* (s. la dir.), *Les penseurs du Code civil*, Association française pour l'histoire de la Justice, La Documentation Française, 2009 p. 111 et s.

AUBERT (J.-L.), « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTDCiv.1993.265* ; « De quelques risques d'une image troublée de la jurisprudence de la Cour de cassation », *in. Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, p. 7 ; « Pour des rébellions constructives », *RTDCiv.1992.338* ; « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *in. Mélanges G. VINEY*, LGDJ, 2008, p. 57

AUBRY (H.), « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attentes légitimes », *RIDC n°3*, 2005, p. 627 et s.

AUQUE (F.), « L'inexécution du bail commercial ne peut nuire au locataire-gérant », *JCP E* 2007.1000.

AYNES (A.), « Dispositions préliminaires », *in. « Dossier réforme du droit des contrats », Journal sociétés*, n°118, avr. 2014, p. 12

AYNES (L.), « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.1993.25* ; « L'imprévision en droit privé », *RJCom.* 2005.397 ; « L'obligation de loyauté », *L'obligation, APD*, t.44, 2000, p. 204 ; « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du C. constit.* n°17, Mars 2005, p. 77 et s. ; « Le juge et le contrat : nouveaux rôles ? », *in. Réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC 2016* (hors-série), p. 14 et s.

BACACHE (M.), « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? » *D.*2011.1725 ; « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.*2016.1454

BAILLON-WIRTZ (N.), « Que reste-t-il de la prohibition des pactes sur succession future ? – À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Rev. dr. de la famille*, nov. 2006, étude n°44

BARBIER (H.), « Ebauche d'un régime général du droit de rétractation », *RTDCiv.*2016.605 ; « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », *RTDCiv.*2013.833

BATIFFOL (H.), « Note sur les revirements de jurisprudence », *APD* 1967.335

BECHILLON (D. DE), « Le contrat comme norme dans le droit public positif », *RFDA* 1992.15

BEIGNIER (B.), « La conduite des négociations », Colloque "La négociation", Toulouse, 1998, *RTDCom*1998.464

BELVAUX (B.), « Du e-commerce au multi-canal. Les différentes implications d'Internet dans le processus d'achat du consommateur », *Revue Française de Marketing*, 209, 4/5, p. 49 et s.

BENABENT (A.), « Les nouveaux mécanismes », in. *La réforme du droit des contrats : quelles innovations ?*, *RDC* 2016 (hors-série), p. 17 et s.

BERGEL (J.-L.), « La sécurité juridique » (Actes du Xe congrès de l'AJMJ), Sherbrooke, 2007, in. *Revue du Notariat*, vol.110, sept. 2008, p. 275

BERTIER-LESTRADE (B. DE), « Réforme du droit des contrats et consécration de la bonne foi dans les conflits d'acquéreurs de droits immobiliers », *RLDC* 2016.6235

BICHERON (F.), « N'abusons pas de la clause abusive », in. *La réforme du droit des contrats*, *Gaz. Pal.* 2015, n°120, p. 24 et s.

BLANC (N.), « Le juge et les standards juridiques », in. « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.394

BLAZY-MALAUURIE (C.), « Constitution et confiance légitime », *Rev. fr. de fin. publ.* 2015, n°130, p. 33

BLOCH (L.), « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *Resp. et ass.* 2006, n°11, étude 17

BONHOMME (R.), « La dissociation des risques et de la propriété », in. *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 69 et s.

BONNEAU (T.), « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des revirements de jurisprudence », *D.*1995.24

BORGHETTI (J.-S.), « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*2016.1442 ; « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *D.*2017.770

BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif » in. *Études offertes à G. RIPERT*, *Le droit privé au milieu du XXe siècle*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51

- BOULOUIS (J.)**, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique, Du droit international au droit de l'intégration », in. *Liber amicorum Pierre PESCATORE*, Nomos Verlag, 1987, p. 53
- BOUT (R.)**, « Vices du consentement et droit du contrat d'assurance », in. *Mélanges offerts à J-L AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 45 et s.
- BOYER (L.)**, « Sur quelques adages, notes d'histoire et de jurisprudence », in *Bibliothèque de l'Ecole des Chartes*, t. 156, 1998, p. 21
- BROCHIER (M.)**, « Les nouveaux rôles du juge dans l'inexécution du contrat », *Dr. & patr.*, juin 2016, p. 45
- BRONDEL (S.)**, « Le principe de sécurité juridique n'est pas un principe constitutionnel, *AJDA* 2011.303
- BROUSSEAU (E.)**, « L'Economiste, le Juriste et le Contrat », in. *Le contrat au début du XXIe siècle : Etudes offertes à Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2014, p. 155 ; « La sanction adéquate en matière contractuelle : une analyse économique », *LPA*, 19 mai 2005, n°99
- BRUN (Ph.)**, « Loteries publicitaires trompeuses », in. *Mélanges J. CALAIS-AULOY*, 2004, Dalloz, p. 191
- BRUNET (P.)**, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in. *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Economica, 2006, p. 207 et s.
- BUFFET (J.)**, « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000*, disponible sur le site internet de la Cour de cassation.
- BURDEAU (G.)**, « Droit international et contrats d'Etat, la sentence AMINOIL contre Koweït du 24mars 1982 », in. *Ann. Fr. de dr. international*, vol. 28, n°1, CNRS, 1982, p. 454 et s.,
- BURGARD (M.)**, « L'avènement de la notion d'obligation essentielle dans le contrat », *LPA*, 22 sept. 2010, n°189, p. 7
- BUSTIN (O.)**, « Les présomptions de prévisibilité du dommage contractuel », *D.2012.238*
- CALAIS-AULOY (J.)**, « L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif ? », in. *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 171
- CALLE (P.)**, « Une introduction limitée du principe d'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *JCP G* 2009.100073
- CANIVET (G.)**, « Vision prospective de la Cour de cassation », *Conférence à l'Académie des sciences morales et politiques le 13 novembre 2006* (site internet de la Cour)
- CARBONNIER (J.)**, « Introduction », in. *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées René SAVATIER (1985)*, PUF, 1986, p. 35
- CASEY (J.)**, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.1998.208*
- CORNU (G.)**, « Introduction », in. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2005, p. 9

- CARTWRIGHT (J.)**, *in.* « Un regard anglais sur les forces et faiblesses du droit français des contrats », *RDC* 2015.691
- CASEY (J.)**, « De la bonne foi et de la modération dans la formation du contrat », *D.*1998.208
- CASSIA (P.)**, « La sécurité juridique, un "nouveau" principe général du droit aux multiples facettes », *D.*2006.1190
- CATALA (P.)**, « Présentation générale », *in.* *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2005
- CEDRAS (J.)**, « Liberté - égalité - contrat: Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *in.* *Rapport annuel de la Cour de cassation* 2003.186
- CHALTIEL (F.)**, « La consécration du principe de sécurité juridique par le Conseil d'Etat », *RMCUE* 2006.457
- CHANTEPIE (G.)**, « Les clauses abusives et leur sanction en droit commun des contrats », *AJCA* 2015.121 et s.
- CHAPUS (R.)**, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles », *D.*1966, chron. 99
- CHARTIER (Y.)**, « De l'an II à l'an 2000 – Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation », *in.* *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre DRAI*, Dalloz, 2000, spéc. p.271 et s.
- CHAZAL (J.-P.)**, « De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil », *RTDCiv.*2001.265
- CHEVALLIER (J.)**, « Le droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique », *in.* *Sécurité juridique et droit économique*, s. la dir. de L. BOY, J-B RACINE, F. SIIRIAINEN, Larcier, 2008
- CHONÉ (A.-S.)**, « Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas », *LPA*, 24 décembre 2010 n° 256, p. 7
- CLAVEL-THORAVAL (J.)**, « Point sur l'information annuelle de la caution », *RLDC* 2016.6207
- CLOUZOT (L.)**, « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010.937
- COHEN-JONATHAN (G.)**, « L'arbitrage Texaco-Calasiatic contre Gouvernement libyen (Sentence au fond du 19 janvier 1977), *in.* *Annuaire français de droit international*, vol. 23, n°1, CNRS, 1977, p. 452 et s.
- COLLART-DUTILLEUL (F.)**, « L'enrichissement de l'obligation légale d'information à la charge du vendeur », *RDC* 2006.1135
- CONINCK (B. DE)**, « Common Law : droits anglais et américain », *in.* *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, s. la dir. de M. FONTAINE, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXXV, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 66

CORNU (G.), « Les définitions dans la loi », *in. Hommage à Jean VINCENT*, Dalloz, 1981

CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *D.2002.2814*

CROZE (H.), « Une vision procédurale de la réforme du droit des obligations », *Rev. Procédures*, avr. 2016, étude n°, n°11

DANDOUAU (J.-C.), « Recherche d'information sur Internet et expérience de consultation », *Recherche et Application en Marketing*, 2001, 16, 3, 9-23.

DANIS-FATÔME (A.), « Quasi-engagement et apparence : proximité ou identité ? (Dialogue entre deux œuvres de jeunesse) », *RDC* 2009.32, n°24

DAVID (N.), « Les clauses de stabilité dans les contrats pétroliers. Questions d'un praticien », *JDI* 1986, p. 79 s.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », *in. Mélanges JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 211

DEGUERGUE (M.), « Jurisprudence », *in. Dictionnaire de culture juridique* (s. la dir. de D. ALLAND et S. RIALS), PUF, 1^{ère} éd., 2003

DELEBECQUE (Ph.), « Effets de l'annulation d'une clause limitative de responsabilité », *D.2002.2836*.

DELPERIER (J.-M.), **ROCHE (J.-D.)**, « L'aggravation de l'obligation d'information du vendeur d'immeuble », *JCP N* 2003.1319

DENIZOT (A.), « La réticence dolosive avant 1958 », *RTDCiv.2015.765*

DEROUSSIN (D.), « Le contrat à travers le Code civil des français », *in. GAUVARD (C.)* (s. la dir.), *Les penseurs du Code civil*, Association française pour l'histoire de la Justice, La Documentation Française, 2009, p.249 et s.

DESHAYES (O.), « La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs? », *RDC* 2013.545 ; « Rupture brutale des relations commerciales établies : caractérisation de la faute et étendue de l'indemnisation », *RDC* 2015.470

DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *APD*, t.50, 2006, p. 49 s. ; « Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents », *RTDCiv.2016.65* ; « L'application d'une loi nouvelle aux contrats en cours est-elle une application immédiate et/ou une application rétroactive ? », *RTDCiv.2010.58* ; « Motivation enrichie : bilan et perspectives », *D.2017.1783* ; « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? Raisons, identification, réalisation », *D.2015.2022*

DIRINGER (J.), « L'information du consommateur : un droit chicaneur ou ingénu ? », *RLDC* 2014, n°121, p. 9

DISSAUX (N.), « Clauses abusives : pour une extension du domaine de la lutte », *in. Réforme du droit des contrats, Le débat, Dr. et patr.* oct. 2014, n°240, p. 53 ; « L'indemnisation du distributeur en cas de rupture brutale », *in. L'indemnisation des distributeurs à l'occasion de la rupture de la relation de distribution*, *RDC* 2015.991

DONDERO (B.), « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », *D.2017.532*

- DROSS (W.)**, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? A propos de l'application dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.*2006.472
- DUPICHOT (Ph.)**, « Les principes directeurs du droit français des contrats », *RDC* 2013.387
- ENDREO (G.)**, « L'habitude », *D.*1981.313
- FABRE (R.)**, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTDCiv.*1983.1
- FABRE-MAGNAN (M.)**, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016.1218
- FAGES (B.)**, « Les loteries publicitaires devant la chambre mixte : et le numéro complémentaire est... le 1371 ! », *RLDA* 2002/54, p. 7 ; « Quelques évolutions du droit français des contrats à la lumière des Principes de la commission LANDO », *D.*2003.2386 ; « La rupture des négociations », *in.* B. FAGES, P. FLEURY (s. la dir.), *Lamy Droit du contrat*, juill. 2017
- FALIN (J.)**, « La réparation du dommage contractuel prévisible », *Dr. & patr.* 2009, n°181, p. 50 et s
- FALKMAN (A.-L.)**, « La relance de la croissance européenne passera-t-elle par le « e-commerce » ? », *CCC* n° 3, Mars 2012, alerte 12.
- FAUVARQUE-COSSON (B.)**, « La confiance légitime et l'estoppel », *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (Décembre 2007) ; « L'élaboration du cadre commun de référence : regards comparatifs sur les travaux académiques », *RDC* 2008, n°2, p. 527 ; « L'estoppel du droit anglais », *in.* BEHAR-TOUCHAIS (M.) (s. la dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 ; « Précisions sur le projet de droit européen des contrats », *RDC* 2011, n°3, p. 1045 ; « Table ronde : Introduction générale sur le droit européen des contrats et le Cadre commun de référence », *RDC* 2009, n°2, p. 781
- FENOUILLET (D.)**, « Le juge et les clauses abusives », *in.* « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.358 ; « Les valeurs morales », *in.* « Le nouveau discours contractuel », Actes du colloque du 1^{er} juin 2016 à l'Université Lille II, *RDC* 2016.595
- FERRIE (S.-M.)**, « L'ensemble contractuel : nouvelle clé de l'interprétation du contrat », *D.*2016.189
- FONTAINE (M.)**, « Les contrats internationaux à long terme », *in.* *Etudes HOUIN*, 1985, p.263
- FONTMICHEL (M. DE)**, « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.*2016.1665
- FOUCHARD (Ph.)**, « L'adaptation des contrats à la conjoncture économique », *Rev. de l'arbitrage*, 1979, p.67
- FROMONT (M.)**, « Le principe de sécurité juridique », *AJDA*, n° spécial, 20 juin 1996, p. 178
- GAHDOUN (P.-Y.)**, « Le Conseil constitutionnel et le contrat », *Cahiers du Cons. constit.* n°31, mars 2011, p. 51
- GAILLARD (E.)**, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui comme principe général du droit du commerce international », *Rev. de l'arb.* 1985.241 et s.
- GARAPON (A.)**, « Les enjeux de la justice prédictive », *JCP G* 2017, n°1-2, doct. 31
- GARAUD (E.)**, « Contracter c'est prévoir...quel sera le préjudice indemnisable ? », *RLDC* 2011
- GAUTIER (P.-Y.)**, « Contre le visa des précédents dans les décisions de justice », *D.*2017.752

GAZZANIGA (J.-L.), « DOMAT et POTHIER, le contrat à la fin de l’Ancien Régime », *Droits, Revue française de théorie juridique*, n°12, *Le contrat*, PUF, p. 37 s.

GENICON (T.), « Articles 1115, 1118 et 1119, 1122 : à propos de la date d’effet de la rétractation et de la caducité des manifestations de volonté (offre et acceptation) », *RDC* 2015.740 ; « Ce que les régimes comparés de la clause pénale et de la clause de dédit nous disent de la force obligatoire du contrat », *RDC* 2015.449 ; « Contrat et protection de la confiance », *in. Les principes directeurs du droit des contrats*, Journée franco-italiennes de l’Association H. CAPITANT, Bologne, 19 et 20 oct. 2012, *RDC* 2013.336 ; « Notions nouvelles et notions abandonnées, réflexion sur une révolution des mots », *RDC* 2015.625 ; « La grammaire dans la réforme du droit des contrats », *RDC* 2016.751 ; « Obligation de ponctualité de résultat pour la SNCF », *RDC* 2016.211 ; « Théorie de l’imprévision...ou de l’imprévoyance ? », *D.*2010.2485

GHESTIN (J.), « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *in. Aspects actuels du droit des affaires: mélanges en l’honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 415 ; « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP G* 1992.I.3628 ; « L’authenticité, l’erreur et le doute », *in. Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Mélanges CATALA*, 2001, Litec, p. 457 ; « La notion de condition potestative au sens de l’article 1174 du Code civil », *in. Etudes dédiées à Alex WEILL*, Dalloz, Litec, 1983, p. 243 ; « La réticence, le dol et l’erreur sur les qualités substantielles », *D.*1971, Chron. 247 ; « L’indétermination du prix de vente et la condition potestative (de la réalité du consentement à la protection de l’une des parties contre l’arbitraire de l’autre) », *D.*1973, chron. 293 ; « L’interprétation d’un arrêt de la Cour de cassation », *D.*2004.2239, spéc. n°11 s. ; « La notion de contrat », *D.*1990.147 ; « Prix déterminable dans un contrat de franchise se référant à un tarif », *D.*1995.582 ; « Traduction française des trois premiers livres du DCFR réalisée avec le soutien de la Fondation pour le droit continental (*Civil Law initiative*) », *in. RDC* 2010.213.

GOBERT (M.), « La jurisprudence, source du droit triomphante mais menacée », *RTDCiv.*1992.344

GRANOTIER (J.), « Le droit unilatéral de rompre le contrat : de la faculté de dédit à la clause de « *break-up fees* », *D.*2014.1960

GRIMALDI (C.), « L’analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.*2007.1448 ; « La durée de l’offre », *D.*2013.2871 ; « Quand une obligation d’information en cache une autre : inquiétudes à l’horizon... », *D.*2016.1009

GRIMALDI (C.), **DESHAYES (O.)**, « Proposition de modification de l’article 1123 du Code civil : l’action interrogatoire du tiers au pacte de préférence », *RDC* 2017.171

GRUA (F.), « La distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTDCiv.*1983.263 s. ; « Les divisions du droit », *RTDCiv.*1993.59 ; « Les effets de l’aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTDCiv.*1983.263

GRYNBAUM (L.), « Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l’acceptation », *D.*2003.1706

G'SELL (F.), « Le Conseil d'Etat et les plateformes : de l' "ubérisation" à un programme d'action », *JCP G* 2017.1926

GUTMAN (D.), « L'objectif de simplification du langage législatif », *in. Les mots de la loi*, Economica, coll. Etudes juridiques, 1999, p. 73 et s.

HAFTEL (B.), « Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge », *D.*2015.1378

HEBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in. Etudes offertes à P. KAYSER*, PUAM, 1979, p. 1 ; « Le juge et la jurisprudence », *in. Mélanges offerts à P. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 347

HEERS (M.), « La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ? », *RFDA* 1995, p. 963

HEUZE (V.), « A propos d'une initiative européenne en matière de droit des contrats », *JCP* 2002.I.152 ; « La vente internationale de marchandises, droit uniforme », *in. J. GHESTIN* [s. la dir.], *Traité des contrats*, 2000, LGDJ, n°255.

HOCQUET-BERG (S.), « Conditions de la responsabilité : dommage prévisible. Avocat empêché d'assister son client à cause du retard d'un train », *Resp. civ. et ass.* n°12, déc. 2012, comm.330

HOUTCIEFF (D.), « Essai de maïeutique juridique : la mise au jour du principe de cohérence », *JCP* 2009, n°47, p.463 ; « L'influence du droit anglo-saxon sur le droit des contrats français », Communication au Colloque des trente ans de la Faculté de Droit et de Science Politique d'Amiens, *L'internationalisation du Droit et de la Politique* (avril 2003) ; « La consécration de l'interdiction de se contredire », *JCP E* 2011.1250 (note sous Com. 20 septembre 2011, n°10-22888).

HUBEAU (F.), « Le principe de la protection de la confiance légitime dans la jurisprudence de la CJCE », *Cahiers de droit européen* 1983.143

HUET (J.), « Nous faut-il un « euro » du droit civil ? », *D.*2002.2611

HUGLO (J.-G.), « La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique », *Cahiers du C. constit.*, n°11, 2001, p. 89

JAMIN (C.), « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », *in. Le contrat au début du XXIe siècle, Mélanges J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441 s. ; « Pour en finir avec la formation du contrat », *LPA* 6 mai 1998, n°54, p. 25 et s. ; « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du code civil », *D.*2002.901

JAOUEN (M.), « Le jeu des standards en matière contractuelle : Variation sur le contrôle des clauses abusives dans les contrats standardisés », *Rev. dr. d'Assas*, février 2014, p. 67

JARROSSON (C.), « La bonne foi, instrument de moralisation des relations économiques internationales », *in. L'éthique dans les relations économiques internationales, Mélanges en hommage à Ph. FOUCHARD*, 2006, Pédone, p. 185

JARROSSON (C.), « Les clauses de renégociation, de conciliation et de médiation », *in. Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, colloque d'Aix en Provence, PUAM, 1990, p.141 s.

JEAMMAUD (A.), « La règle de droit comme modèle, *D.*1990.199

JEANNEAU (B.), « La nature des principes généraux en droit français », *in. Etudes de droit contemporain*, Paris, 1962

JESTAZ (Ph.), « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in. Mélanges RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 286 ; « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *RTDCiv.*1996.299

JOSSERAND (L.), « Le contrat dirigé », *DH* 1933.89

JOURDAIN (P.), « La bonne foi dans la formation du contrat », *in. La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, 1992, Litec, 1994, p. 121 ; « Le devoir de "se" renseigner (Contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) », *D.*1983.139.

JULIEN (J.), « La langue française et le contrat », *in. Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 465 et s. ; « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *CCC*, n°5, mai 2014, n°7, alerte n°40 ; « Présentation du projet de loi sur la consommation », *CCC* 2013, n°7, alerte n°40

KENFACK (H.), « La consécration de la confiance comme fondement de la force obligatoire du contrat? », *in. Actes du colloque organisé le 22 juin 2007 par le laboratoire DANTE de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines*, Dalloz, 2008, p. 117 et s. ; « Pacte de préférence et condition potestative virtuelle », note sous *Civ.*3, 15 janvier 2003, *D.*2003.1190 ; « Validité du pacte de préférence », (Actes du colloque : *Pacte de préférence: liberté ou contrainte?*, Toulouse, 2006), *Dr. & patr.* 2006, n°144, p. 45.

KOENIG (R.), « Marcel MAUSS (1872-1950) », *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 24, 1972, p. 633-657, trad. I. KALINOWSKI, *Trivium, Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales* (en ligne), n°17, 2014, n°25

KULLMANN (J.), « L'aléa, condition de l'assurance ? », *Resp. civ. et ass.*, n°3, mars 2014, dossier 4.

LABARTHE (F.), « Le juge et le prix dans le contrat d'entreprise », *in. Le juge et les droits fondamentaux, Etudes offertes à J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 275 et s.

LACABARATS (A.), « Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation », *D.*2007.889

LAGARDE (X.), « De la période précontractuelle », *RLDC*, déc. 2008, n°55 ; « Jurisprudence et insécurité juridique (1) », *D.*2006.678

LAMOUREUX (M.), commentaire sous article 2.102 des *Principes du Droit européen du contrat*, *in. Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PRIETO (C.) (s. la dir.), PUAM, 2003, p. 167

LARDEUX (G.), « La réticence dolosive n'est pas un dol comme les autres », *D.*2012.2986

LE TOURNEAU (Ph.), « De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil », *D.*1987, chron.101 ; « La rupture des négociations », Colloque "La négociation", Toulouse, 1998, *RTDCom.*1998.464

LE TOURNEAU (Ph.), ZABALZA (A.), « Le réveil des quasi-contrats [à propos des loteries publicitaires] », *CCC* 2002.22

LECUYER (H.), « Le contrat, acte de prévision », *in. Mélanges en hommage à F. TERRE, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 643 ; « La modification unilatérale du contrat », *in. C. JAMIN, D. MAZEAUD (s. la dir.), L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Economica, 1999, coll. Etudes juridiques, p. 47 et s. ; « Redéfinir la force obligatoire du contrat ? », *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 44

LEHUEDE (F.), « L'internet participatif redonne confiance aux consommateurs », *Consommation et modes de vies (CREDOC)*, n°222, juin 2009

LEQUETTE (Y.) (s. la dir.), « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2003/4, p. 192 ; « De l'efficacité des clauses de Hardship », *in. Liber Amicorum C. LARROUMET*, Economica, 2010, p. 267 et s. ; « Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. VON BAR », *D.2002.2202* ; « Responsabilité civile versus vices du consentement », *in. Au-delà des codes : Mélanges en l'honneur de M-S PAYET*, Dalloz, 2012, p. 363 et s.

LESCOT (P.), « Le mandat apparent », *JCP* 1964.I.1826

LEVENEUR (L.), « La nouvelle directive sur les droits des consommateurs dans la dernière ligne droite », *CCC* 2011, n° 10, repère 9 ; « Le forçage du contrat », *in. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 69 et s. ; « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs : recul de la protection des acheteurs en France », *CCC* 2009, n°8-9, repère 8

LEVY (E.), « La confiance légitime », *RTDCiv.*1910.717 s.

LIBCHABER (R.), « Réflexions sur les effets du contrat », *in. Mélanges offerts à J-L AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 224-225 ; « Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine », *RTDCiv.*2000.679

LINDON (R.), « La motivation des arrêts de la Cour de cassation », *JCP* 1975.I.2681

LOKIEC (P.), « Le droit des contrats et la protection des attentes », *D.2007.321*

LONCLE (J.-M.), PHILIBERT-POLLEZ (D.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement », *RDAI*, 2009, n°3, p. 267

LOUSSOUARN (Y.), « Rapport de synthèse », *in. La bonne foi*, t. XLIII, Travaux de l'association H. CAPITANT, 1992, p. 12.

LOUVEL (B.), « Entretien exclusif », *JCP G* 2015, n°43, p. 1909

LUCAS-PUGET (A.-S.), « La clause informant le consommateur de son droit de rétractation dans les contrats à distance et hors établissement », *CCC* n° 1, Janvier 2016, form. 1 ; « La clause de force majeure (formule) », *CCC* 2015.46

LUCHAIRE (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *in. Cahiers du Cons. Constit.*, 2001, n°11, p. 67

LYON-CAEN (G.), « L'obligation implicite », *APD* 2000, n°44, p. 109

MARAIS (B. DU), « Entre la Jamaïque et le Kiribati Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale », *in. Rapport public du Conseil d'Etat*, 2005, p. 377 et s.

MARECHAL (C.), « L'estoppel à la française consacré par la Cour de cassation comme principe général du droit », *D.2012.167*

MARTIN (R.), « Aller et retour de Kelsen à Aristote », *RTDCiv.1997.387* ; « Du changement de contractant », *D.2001.3144*

MATHEY (N.), « Pratiques restrictives et juridiction spécialisée », *CCC 2017*, n°5, comm. 98

MATHIEU (B.), « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficient », *in. Mélanges Patrice GELARD*, Droit constitutionnel, Montchrestien, 1999, p. 301 ; « Le principe de sécurité juridique entre au Conseil d'Etat », *AJDA 2006.841* ; « Sécurité juridique – Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur », *JCP G 2014.116*

MAZALTO (M.), « La réforme du secteur minier en République démocratique du Congo : enjeux de gouvernance et perspectives de reconstruction », *in. Afrique contemporaine*, 2008/3, n°227, p. 192

MAZEAUD (D.), « Droit des obligations et application de la loi nouvelle aux contrats en cours : deux leçons de la chambre sociale », *D.2017.2007* ; « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, p. 4 et s. ; « Au nom de la cause : feu la liberté contractuelle des maîtres du temps », *Defrénois*, 15 mars 1997, n°5, p. 333 ; « Saga Chronopost: les maîtres du temps perdent une manche... », *D.2006.2288* ; « Confiance légitime et Estoppel », *RIDC 2006*, vol.58, n°2, p. 362 ; « Le contractant apparent », *D.2016.1120* ; « Faut-il avoir peur du droit européen des contrats : *Bis sed non repetita...* », *in. Mélanges MALINVAUD*, Litec, 2007 ; « La cause », *in. 1804-2004, le code civil: un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.469 ; « La faculté de dédit stipulée dans une promesse de cession de fonds de commerce ne s'analyse pas en une clause pénale susceptible d'être diminuée par le juge », note sous *Com. 2 avril 1996*, n° 94-13.433, *D.1996.329* ; « La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée », *Dr. & patr.*, juill.-août 1996, p. 44 ; « La place du juge en droit des contrats », *RDC 2016.353* ; « La réduction des obligations contractuelles », *in. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? »*, *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 61 ; « Le nouvel ordre contractuel », *RDC.2003.295* ; « Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle? », *in. L'avenir du droit: Mélanges en hommage à Francis Terré*, Dalloz, PUF & Editions du Jurisclasseur, 1999, p. 603 s. ; « Sur les standards », *Rev. dr. Assas*, n°9, février 2014, p. 35 ; « Délai raisonnable d'acceptation », *RDC 2006.311*

MEKKI (M.), « Hardship et révision des contrats. Quelle méthode au service d'une harmonisation entre les droits ? », *JCP G 2010*, n°49, p. 1219 et s., n°18 ; « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats – aspects substantiels », *RDC 2015.651* ; « Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat », *in. La contractualisation de la production normative*, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (s. la dir.), coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008, p. 323 ; « Les principes généraux dans le projet d'ordonnance

portant réforme du droit des obligations », *D.2015.816* ; « Réforme du droit des obligations : les conditions générales », *JCP N 2016.1299*

MELLERAY (F.), « L'arrêt *KPMG* consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique ? », *AJDA* 2006.897

MESTRE (J.), « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », *RTDCiv.1986.101* ; « L'économie du contrat », *RTDCiv.1996.901*

MESTRE (J.), FAGES (B.), « Les effets du contrat demeurent-ils sous l'empire de la loi ancienne ou sont-ils régis par la loi nouvelle ? », *RTDCiv.2002.507* ; « Rupture des pourparlers : pot-pourri de comportements fautifs », *RTDCiv.2003.282*

MILLARD (E.), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? », *Cahiers du C. constit.* n°21, Janvier 2007, p. 59

MOILLE (C.), « De la réparation des seuls dommages prévisibles en matière contractuelle », *RLDC* 2014.5290

MOLFESSIS (N.), « Droit des contrats : l'heure de la réforme », *JCP G*, 16 février 2015, p. 199 ; « La Cour de cassation face à la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence », *D.2009.2567*, n°7 ; « La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *RTDCiv.2001.699* ; « La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit », *RTDCiv.2000.662* ; « Les avis spontanés de la Cour de cassation », *D.2007.37* ; « Les revirements de jurisprudence », in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* (s. la. dir. de N. MOLFESSIS), Economica, 2004 ; « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDCiv.2004.155*

MOREAU (M.-A.), « La protection de l'entreprise par les clauses contractuelles de non-concurrence et de confidentialité » *Dr. & patr.*, 1999, n°69, p. 56 et s.

MORIN (G.), « La désagrégation de la théorie contractuelle du code », *APD* 1940.8.

MORVAN (P.), « Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ? », *Dr. social* 2006.707 ; « Les principes généraux du droit et la technique des visas dans les arrêts de la Cour de cassation », conférence donnée le 4 avril 2006 à la Cour de cassation dans le cadre du Cycle *Droit et technique de cassation 2005-2006*, n°1 et s.

MOULY (C.), « Comment limiter la rétroactivité des arrêts de principe et de revirement ? », *LPA*, 4 mai 1994, n° 53, p. 9 ; « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 18 mars 1994, n°33, p. 15

MOULY (J.), « Une règle de nature à induire en erreur : « la réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *D.2012.1346*

MOULY-GUILLEMAUD (C.), « La brutalité d'une rupture prévisible », *D.2016.2205* ; « L'obligation d'information des professionnels du droit, obligation d'anticiper l'imprévisible », *LPA*, 18 avril 2012 n° 78, p. 3

MOURY (J.), « La détermination du prix dans le « nouveau » droit commun des contrats », *D.*2016.1013 ; « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.*2012.1020 ; « La fixation unilatérale du prix dans le contrat cadre », *AJCA* 2016.123

MOUSSERON (J.-M.), « La gestion des risques par le contrat », *RTDCiv.*1988.481 ; « *Lex mercatoria* : bonne mauvaise idée ou mauvaise bonne idée ? », in. *Mélanges dédiés à Louis BOYER*, PUSS, 1996, p. 473 et s.

MOUSSERON (J.-M. et P.), « La langue du contrat », in. *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999, p. 219 et s.

MUIR WATT (H.), « Pour l'accueil de l'estoppel en droit privé français », in. *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Y. LOUSSOUARN*, Dalloz, 1994, p. 303 ; « Rapport de synthèse », in. BEHAR-TOUCHAIS (M.) (s. la dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica, 2001 ; « *Reliance* et définition du contrat, Perspectives du droit économique », in. *Mélanges JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 57

NAJJAR (I.), « L'accord de principe », *D.*1991.57

NERON (S.), « Le standard, un instrument juridique complexe », *JCP G*, 2011, n°38

NIANG (D.), **BILOUNGA (S.)**, « La reconnaissance et l'efficacité des clauses de stabilisation dans les contrats miniers », in. *Rev. jur. et fisc. d'Afrique Francophone*, n°3, mars 2015, p. 2

NICOD (M.), « Le pacte de préférence en droit de la famille », *Dr. & patr.*, n°144, janvier 2006.53

NIORT (J.-F.), « Retour sur l'esprit du Code civil des français », in. GAUVARD (C.) (s. la dir.), *Les penseurs du Code civil*, Association française pour l'histoire de la Justice, La Documentation Française, 2009, p. 121 et s.

OPPETIT (B.), « Les « principes généraux » dans la jurisprudence de cassation », *Cah. dr. entr.* n° 5, 1989.16 ; « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDI* 1974.797

PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 154

PAISANT (G.), « De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation », in. *Mélanges en l'honneur du doyen Roger DECOTTIGNIES*, PUG, 2003 ; « Introduction », in. « Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit & patr.*, n°58, mars 1998, p. 42.

PANCRAZI (M.-E.), « Réduction du prix » (s. la dir. de C. PRIETO), in. *Regards croisés sur les principes du droit européen du contrat et sur le droit français*, PUAM, 2003, p. 504 et s.

PEIS-HITIER (M.-P.), « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA* 25 janvier 2006, n°18, p. 8

PELISSIER (A.), « La déclaration de risques en questions », *D.*2014.1074

PELLET (S.), « Le professionnel du droit face à l'évolution de la jurisprudence ou l'art d'être devin...mais pas trop ! », *RDC* 2017.48

PERDRIX (L.), « Promesse unilatérale de contracter : un revirement à petits pas feutrés », *JCP G*, 2011, p.1316

- 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.*2009.381, n°1 ; « Observations sur l'absence de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015.647 ; « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G* 2016.454
- PFERSMANN (O.)**, « Norme », in. ALLAND (D.), RIALS (S.) (s. la dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, 1^{ère} éd., 2003, p.1079
- PIAZZON (T.)**, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTDCiv.*2009.433 s.
- PICOD (Y.)**, « Bonne foi et droit de la consommation », in. *Mélanges en l'honneur de D. TRICOT*, Litec, Dalloz, 2011, p.121 et s.
- POLLAUD-DULIAN (F.)**, « A propos de la sécurité juridique », *RTDCiv.*2001.487
- PUECH (M.)**, « Les principes généraux du droit (aspect pénal), Journées de la société de législation comparée sur les « Principes généraux du droit », *RIDC* 1980, n° spéc., vol. 2, p. 338
- PUIG (P.)**, « Le transfert au contrat des exigences de formulation d'une source normative », in. CHASSAGNARD-PINET (S.) et HIEZ (D.) (s. la dir.), *La contractualisation de la production normative*, Acte du colloque des 11, 12 et 13 octobre 2007 à Lille, Dalloz, 2008, p. 285
- PUISSOCHET (J.-P.)**, « Vous avez dit confiance légitime? », in. *Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Dalloz, 1996
- PUISSOCHET (J.-P.)**, **LEGAL (H.)**, « Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », in. « Le principe de sécurité juridique », *Cahiers du Cons. constit.*, n°11, 2001, p. 98
- PUJOL-REVERSAT (M.-C.)**, « La bonne foi, principe général du droit dans la jurisprudence communautaire », *RTDEur.*2009.201.
- RAYMOND (G.)**, « Contrats conclus à distance et hors établissement », *CCC* mai 2014, p. 27 et s.
- REMY (Ph.)**, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTDCiv.*1997.323 ; « La genèse du solidarisme », in. L. GRYNBAUM et M. NICOD (s. la dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, p. 10 ; « La jurisprudence des contrats spéciaux, quarante ans de chroniques à la Revue Trimestrielle de Droit Civil », in. *L'évolution contemporaine du Droit des contrats*, Journées René SAVATIER (Poitiers, 24-25 octobre 1985), Publications de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, t.15, PUF, 1986, p.41.
- RIALS (S.)**, « Les standards, notions critiques du droit », in. *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 43
- RIEG (A.)**, « Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIXe siècle », in. *Le rôle de la volonté dans le droit*, *APD* 1957.127
- RIOT (C.)**, « Les obligations de la négociation », *RRJ* 2006.67
- RIVERO (J.)**, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968.15
- ROBERT-WANG (L.)**, « Règle de droit », in. *Dictionnaire de culture juridique*, p. 1326 et s

- ROUSTAN (M.), LEHUEDE (F.), HEBEL (P.),** « Qu'est-ce qu'Internet a changé aux modes d'achat des français ? », C.R.E.D.O.C, *Cahier de recherche* n°213, novembre 2005
- ROUTIER (R.),** « Les clauses de *ratchet* en droit des sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 2002/859, n°1
- ROUVIERE (F.),** « L'obligation comme garantie », *RTDCiv.*2011.1
- ROUZET (G.),** « La jurisprudence de la troisième chambre civile : une politique des petits pas ? », *RDC* 2012.672
- ROZES (L.),** « Pacte de préférence et notions voisines », (Actes du colloque: « Pacte de préférence: liberté ou contrainte? », Toulouse, 2006) *Dr. & patr.* 2006, n°144
- SALVIA (M. DE),** « La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers du C. constit.*, n° 11, décembre 2001.
- SAUVE (J-M.),** « L'entreprise et la sécurité juridique », intervention lors du Colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État (21 novembre 2014)
- SAVAUX (E.),** « Le contenu du contrat », *in.* « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – Observations et propositions d modifications », *JCP G* 2015 (supplément au n°21), p. 22 ; « Solidarisme contractuel et formation du contrat », *in.* L. GRYNBAUM et M. NICOD (s. la dir.), *Le solidarisme contractuel – Mythe ou réalité ?*, Economica, 2004, p. 43
- SCAGLIA (M.),** « La QPC et la « règle » jurisprudentielle, à propos de la clause de non-concurrence... », *Rev. trav.* 2013.269
- SERIAUX (A.),** « L'affaire *Chronopost* : arrêt de principe ou accident de parcours ? Variations sur le bon usage de la notion d'obligation essentielle », *D.*1997.121 ; « Le futur contractuel », *in.* *Le Droit et le futur...*, Association française de philosophie du droit, PUF, 1985, p. 85 et s. ; « Le juge au miroir, l'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *in.* *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, p.171
- SEUBE (A.),** « Les conditions générales des contrats », *in.* *Études offertes à A. JAUFFRET*, PUAM, 1974, p. 621 et s.
- SIMON (D.),** « La confiance légitime en droit communautaire: vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte? », *in.* *Études à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, 2000
- SOURIOUX (J.-L.),** « La croyance légitime », *JCP* 1982, I, 3058
- STOFFEL-MUNCK (Ph.),** « Clauses abusives : on attendait Grouchy... », *in.* « Réforme du droit des contrats, Le débat », *Dr. & patr.* oct. 2014, p. 56 ; « L'imprévision et la réforme des effets du contrat », *RDC* 2016.33 ; « La notion de contrat aléatoire », *Resp. civ. et ass.*, mars 2014, n°24 s.
- STURLESE (B.),** « Le juge et les standards juridiques », *in.* « Le juge, auteur et acteur de la réforme du droit des contrats », *RDC.*2016.398
- SUPIOT (A.),** « Les deux visages de la contractualisation : déconstruction du Droit et renaissance féodale », *in.* *Approche critique de la contractualisation*, CHASSAGNARD-PINET (S.), HIEZ (D.) (s. la dir.), coll. Droit et Société, n°16, LGDJ, 2007, p. 19

TARTOUR (L.), « Le principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Rev. dr. publ.* 2013.307.

TCHENDJOU (M.), « L'alourdissement du devoir d'information et de conseil du professionnel », *JCP G* 2003.I.141

TERRE (F.), « Synthèse », in. *Le doute et le droit*, Dalloz, 2004 ; « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *APD*, t.50, *La création du droit par le juge*, Dalloz, p. 311

TESOKA (L.), « Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français », *AJDA* 2006.2214

TESTU (F.-X.), « Le statut juridique de la langue française », in. *Mélanges en l'honneur de G. CORNU*, PUF, 1994, p. 453

TEYSSIE (B.), « L'impératif de sécurité juridique », in. *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de Jacques FOYER*, Economica, 2007, p. 985 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTDCiv.*1997.357

THUNIS (X.), « Une notion fuyante: l'obligation essentielle du contrat », in. *Mélanges offerts à Marcel FONTAINE*, Larcier, 2003, p. 521

TITI (C.), « Les clauses de stabilisation dans les contrats d'investissement : une entrave au pouvoir normatif de l'État d'accueil ? », *Clunet*, n° 2, avr. 2014, doct. 6

TOUFFAIT (A.), **TUNC (A.)**, « Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation », *RTDCiv.*1974.487

TOURNAFOND (O.), **CARON (C.)**, « La bêtise du contractant ne chasse pas le dol par réticence », *D.*2002.927

TRICOT (D.), « L'interrogation sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTDCiv.*1993.87

TRIGEAUD (J.-M.), « Promesse et appropriation du futur », in. *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'Université de droit, économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, 1985, p.63 s.

UETTWILLER (J.-J.), **PRIEUR (C.-E.)**, « Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux », *Bull. Joly* 2004.1449

VALEMBOIS (A.-L.), « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du cons. constit.*, n°17, mars 2005.

VAPAILLE (L.), « Le principe de sécurité juridique, réalité et avenir en droit administratif français », *LPA*, 1999, n° 158, p. 18

VAREILLES-SOMMIERES (P. DE), **FEKINI (A.)**, « Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et de partage de production pétrolière en Libye - Problèmes choisis (1^{ère} partie) », *Clunet*, n°1, Janv. 2008, doct. 1, n°19

VERGES (E.), « Droit de la preuve : une réforme en trompe-l'œil », *JCP G* 2016.486

VINEY (F.), « Absence de nullité du contrat pour réticence dolosive du vendeur lorsque l'acquéreur est averti: quelles justifications? », *D.2014.1751*; « L'expansion du « raisonnable » dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable ? », *D.2016.1941*

VINEY (G.), « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.2016.1378*

VIVIEN (G.), « De l'erreur déterminante et substantielle », *RTDCiv.1992.305*

VON BAR (C.), « Le groupe d'études sur un code civil européen », *RIDC 1-2001*, p. 127

VOUIN (R.), « Le pacte de préférence », *JCP G 1954.I.1192*

WEBER (J.-F.), « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », *Bull. n°702*, 15 mai 2009, p. 6.

WEIL (P.), « Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique » in. *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles ROUSSEAU*, A. Pédone, 1974

WEILLER (L.), « L'arbitrage du XXI^e siècle », *Procédures*, fév. 2017, n°9

WICKER (G.), « Force obligatoire et contenu du contrat », in. REMY-CORLAY (P.), FENOUILLET (D.) (s. la dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 151 et s.

WITZ (C.), « L'interprétation du contrat dans le projet de réforme du droit des contrats », *D.2015.2020*

ZENATI (F.), « Clore enfin le débat sur la jurisprudence aujourd'hui », *RTDCiv.1992.359* ; « La nature de la Cour de cassation », in. *Bull. d'information de la C. cass.*, 15 avr. 2003, p. 8

ZENATI-CASTAING (F.), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTDCiv.2016.511*

2. *Encyclopédies*

ARCELIN (L.), « Fasc. 793 : Publicité – Supports publicitaires », *Juriscl. Concurrence – Consommation*, sept. 2016, n°74

AUBERT (J.-L.) (actualisation par C. GOLDIE-GENICON), « Novation », in. *Rép. dr. civ.*, juin 2017

BACH (L.), « Conflits de lois dans le temps », in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, mai 2006 (à jour : juin 2016).

BARRET (O.), « Vente 2° », in. *Rép. dr. civ.*, 2007 (à jour : juin 2016)

BEDER (P.), « Registre du commerce et des sociétés », in. *Rép. dr. com.*, janvier 2011 (à jour : avr. 2017)

BRUGUIERE (J.-M.), « Fasc. 620 : La protection de l'entreprise sur les réseaux sociaux », *Juriscl. Communication*, mars 2016, n°39

BUFFELAN-LANORE (Y.), **PELLIER (J.-D.)**, « Condition », in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz, fév. 2017

CHABAS (C.), « Résolution – Résiliation », in. *Rep. dr. civ.*, Dalloz, 2010 (à jour : sept. 2017)

CHAUVEL (P.), « Dol », in. *Rép. dr. civ.*, 2014 (à jour : juin 2017) ; « Transaction », in. *Rép. dr. civ.*, Dalloz (mars 2014)

DJOUDI (J.), « Possession », in. *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2013

- GAUTIER (P.-Y.)**, « Les aspects internationaux de la négociation », *RTDCom.* 1998.495
- GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.)**, « Erreur », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, juill. 2017
- GUERCHOUN (F.)**, « Jeu-pari », *in. Rép. Dr. civ.*, Dalloz, 2014, à jour : juin 2016
- JEULAND (E.)**, « Cession de contrat », *in. Rép. dr. civ.*, 2010 (à jour : avril 2017)
- LE TOURNEAU (Ph.)**, « Mandat », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, juillet 2017 (à jour : sept. 2017)
- LE TOURNEAU (Ph.), POUMAREDE (M.)**, « Bonne foi », *in. Rép. dr. civ.*, janv. 2017
- LECOURT (B.)**, « Clauses de garanties dans les cessions de droits sociaux », *Rép. dr. des soc.*, Dalloz, 2006 (à jour : avr. 2017)
- LEGEAIS (D.)**, « Crédit documentaire », *in. Juriscl. commercial*, Fasc. 366 (à jour : oct. 2015) ; « Sûretés », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2016 (à jour : oct. 2016)
- LEROYER (A.-M.)**, « Langue française », *in. Juriscl. Communication*, fasc. 1500, 2002 (à jour : mai 2015)
- MACORIG-VENIER (F.)**, « Entreprises en difficulté (Les créanciers – 1^o Situation des créanciers) », *in. Répertoire de droit commercial*, Dalloz, mars 2013 (à jour : sept. 2017).
- MAYAUX (L.)**, « Contrats d'assurance », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2014 (à jour : avr. 2017)
- MOLINIER (J.)**, « Principes généraux », *in. Rép. de dr. eur.*, Dalloz, 2011 (à jour : juin 2016)
- NAJJAR (I.)**, « Pacte sur succession future », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2012 (à jour : janv. 2015)
- OPHELE (C.)**, « Cession de créance », *in. Rép. dr. civ.*, 2008 (à jour : avril 2016)
- PENNEAU (J.)**, « Médecine (Réparation des conséquences des risques sanitaires) », *in. Rép. dr. civ.* décembre 2013 (à jour : juin 2017)
- PETIT (B.), ROUXEL (S.)**, « Obligation d'information », *in. J-Cl. Civil Code*, fasc. 50 : *Contrats et obligations – obligation d'information*, janv. 2011
- PICOD (Y.)**, « Obligations », *in. Rép. dr. civil*, Dalloz, juin 2017
- PICOD (Y.), ROBINNE (S.)**, « Concurrence (Obligation de non-concurrence) » *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2009, (à jour : mars 2014)
- PILLET (G.)**, « Pacte de préférence », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, oct. 2016
- PIMONT (S.)**, « Clause pénale » *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2010 (à jour : juin 2017)
- PLESSIX (B.)**, « Sécurité juridique et confiance légitime », *Rev. dr. publ.* 2016.799
- RAYMOND (G.)**, « Information du consommateur », *in. Juriscl. Contrat-concurrence-consommation*, fasc. 845 (à jour : juill. 2015)
- ROUVIERE (F.)**, « Cession de dette », *in. Rép. dr. civ.*, 2015 (à jour : avril 2016)
- SAUPHANOR-BROUILAUD (N.)**, « Information des consommateurs. – Règles communes à l'obligation d'information précontractuelle et à l'information sur les prix », *Fasc. n°845, Juriscl. Concurrence-consommation*, fév. 2017
- STOUFFLET (J.)**, « Crédit documentaire », *in. Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2004 (à jour : juin 2015)
- TOURNAFOND (O.)**, « Vente d'immeuble à construire », *in. Rép. dr. imm.*, Dalloz, 2004 (à jour : juin 2016)

INDEX

(les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- Abstrait** (caractère de la norme) : 137 ; 295 ; 477 ; 481
Acceptation : 374 et s. ; 421 et s. ; *du risque* : 59 ; 42
Accessibilité (du droit) : 214 et s. ; 226 et s.
Accord de principe : 576 ; 578
Acte authentique : 203 ; 436
Acte sous-seing privé : 203
Action interrogatoire : 267 et s. ; 573 et s.
Actori incumbit probatio : 203 ; 407 ; 501
Aléa : 41 et s. ; 53 ; 59 ; 125 et s. ; 152 ; 157 ; 190 ; 194 ; 527 et s. ; 579
Aléatoire (contrat) : 527 et s. ; 599
Analyse économique du droit : 514 et s.
Apparence (théorie de l') : 30 ; 36 ; 49
Arbitrage : 654
Assurance (contrat d') : 517 ; 527 et s. ; 599
Attentes légitimes : 283 ; 335 ; 339 ; 344 et s. ; 403 et s.
Attribution (d'une œuvre d'art) : 33 ; 41 ; 127
Authenticité (vente d'art) : 44 ; 59 ; 127
Autonomie de la volonté : 70 et s. ; 77 ; 99 ; 145 ; 379
Avant-contrat : 419 ; 576
- Bonne foi** : *principe de* : 99 ; 246 ; 265 ; 274 et s. ; 281 et s. ; 286 et s. ; *devoir de* : 101 ; 238 et s. ; 241 et s. ; 266 ; 276 et s.
Brutalité (rupture) : 62 et s. ; 84
- Capacité** : 106
Cautionnement : 530 ; 600
Certitude : 41 et s. ; 53 ; 59 ; 190 ; 193 et s. ; 211 ; 267 ; 524 ; 529 et s. ; 573 ; 621
Cession globale d'œuvres futures : 623 et s.
Cession (de créance, de dette, de contrat) : 208
Clarté : *de la norme* : 214 et s. ; 460 ; *du contrat* : 634 et s.
Clause abusive : 76 ; 81 ; 475 ;
Clause : *commerciale* : 619 et s. ; *d'earn out* : 510 ; 608 ; *d'échelle mobile* : 519 ; 540 ; *d'intangibilité* : 560 et s. ; *d'interprétation* : 559 ; *de confidentialité* : 574 ; 583 ; *de dédit* : 274 ; 502 ; 645 ; *de divisibilité* : 559 ; *de force majeure* : 558 ; *de garantie* (cession de droits sociaux) : 558 ; *de hardship* : 410 ; 539 ; *de non-concurrence* : 517 ; 582 et s. ; 597 ; *de paiement d'avance* : 552 ; *de ratchet* : 510 ; *de renvoi* : 641 ; *de réserve de propriété* : 508 ; 551 ; *de résiliation unilatérale* : 646 et s. ; *de stabilisation* : 495 ; 560 et s. ; *de tontine* : 620 ; *de transfert des risques* : 508 ; 569 ; *de variation* : 540 ; *limitative de responsabilité* : 75 et s. ; 327 ; *pénale* : 502 ; 567 ; 585 et s. ; 645 ; *résolutoire* : 648 ; *valeur-or* : 540 ; *d'indulgence* : 647 et s. ; *clause-type* : 364
Codification (lois) : 204
Cohérence (principe de) : 243 et s. ; 274 ; 287
Complexité des normes : 226 ; 460
Condition : *suspensive, résolutoire* : 523 et s. ; *potestative* : 76 ; 81 ; 201 ; 524 ; 649
Conditions générales (de vente, d'achat) : 178 ; 504 ; 572 ; 634 ; 637 et s.
Confiance légitime (principe de) : 225 ; 296 ; 346 ; 467
Conseil (devoir de) : 110 ; 146 ; 359 ; 378
Consensualisme : 145 ; 436
Consentement (vices du) : 42 et s. ; 59 ; 121 et s. ; 509 ; 651
Contenu (du contrat) : 69 ; 73 ; 141 ; 146 et s. ; 177 ; 359 ; 378 ; *prévisibilité du* : 606 et s.
Contractualisation (du risque) : 515 et s. ; 533 et s.
Contrat apparent : 36
Contractant apparent : 32 ; 50
Contrat d'adhésion : 76 ; 504
Contrats à exécution successive : 57 ; 348
Contrats conclus à distance : 432 ; 437
Contrats conclus hors établissement : 110 ; 435
Contrat-type : 572
Coopération (devoir de) : 326 ; 365
Crédit documentaire : 553 et s.
Croyance légitime : 31 et s. ; 38 et s. ; 49 et s. ; 84 ; 362

Danger : 282 ; 508 ; 547 ; 590 ; **618** et s.
Date de durabilité minimale : 124
Date limite de consommation : 124
Déclaration de créances : **207**
Déclaration des risques (assurance) : 600
Délais d'irrévocabilité et de validité (offre) :
421 et s.
Délai : *de réflexion* : 124 ; *de grâce* : 147 ; *de rétractation* (du consommateur) : **432** et s.
Dénaturation (contrôle de) : 144
Diagnostics techniques (vente immobilière) :
112
Dispositions transitoires : 226 ; 470
Dol : 100 et s. ; 122 ; 128 ; *réticence dolosive* :
100 et s. ; 116 ; 119 et s. ; 266
Domage (prévisibilité du) : **70** et s.
Droit de rétractation (nature) : 109 ; **433** et s.

Effet de commerce : 550
Effet de surprise : 22 ; 111 ; 121 ; 498 ; 548
Effet relatif : *du contrat* : 154 ; 181 ; 445 ;
556 ; *de la publicité foncière* : 123
Élimination du risque : **200** et s. ; 212 ; 579
Emission (théorie de l') : 424
Emptor curiosus debet esse : 104
Engagements perpétuels (prohibition des) :
64 ; 612 ; **622** et s.
Équité : 146 ; 295 ; 378 ; 397
e-reputation : **452** et s.
Erreur : *sur les qualités essentielles* : **127** et
s. ; *commune* : 122 et s. ; **129** ; *sur la valeur* :
113 ; 510 ; *sur les motifs* : 510 ; sur la
rentabilité : 127 ; 510 ; excusable : 31 ; 49 ;
57 ; 116 ; 119 ; 128 et s.
Espérances légitimes : 167 ; 247 ; 249
Estoppel : 246 et s. ; **345**
Etat-civil : **106** ; 127
Exceptio de non adimpleti contractus : 154
Exécution forcée (du contrat) : 154 ; 579

Faute détachable du contrat : **447** et s.
Flexibilité (du contrat) : **515** et s.
Forçage (du contrat) : 146 ; 359 ; **378** et s.
Force majeure : 55 ; 393 ; **396** ; 501 ; **558**
Force obligatoire : **138** et s. ; 252 ; 285 et s. ;
334 ; **341** et s. ; 494 ; 577 ;
Formalisme : 110 ; 203 ; 432
Futur : **187** et s. ; 226 ; 235 ; 590

Garantie : *des vices cachés, de conformité* :
49 ; 64 ; 112 ; 152 ; 181 ; 327 ; *créance* : 154 ;
511 ; 554

Garantie à première demande : **554**
Généralité (de la règle de droit) : **308** et s.

Hasard : 19 ; 153 ; 522 ; 529
Hypothèque : 105 ; 530

Idem est non esse aut non probari : 203 ; 374
Imprévision : 157 ; 252 ; 396 et s. ; 515 ; 542
Imputation des risques : **204** ; 501 ; 508 et s.
Incoterms : **569** et s.
Indétermination : 190 et s. ; 218 ; 323 ; **359** ;
474 et s. ; 528 ; 593 et s. ; **608**
Individu raisonnable : 11 ; 51 ; 339 ; 353 ;
362 ; 426
Inégalité (des contractants) : 96 ; 98 et s. ;
110 ; 116 et s. ; 128 ; **601**
Inexécution (risque d') : 154 ; 511 ; 585 ; 647
Inflation normative : 13 et s.
Information : *devoir d'* : 97 et s. ; **117** et s. ;
129 ; **266** ; 377 : *utilité de l'* : 123 ; 454 ; **115**
et s.
Insolvabilité (risque d') : 511 ; 549 ; 554
Intangibilité (principe d') : **141** et s. ; 353 ;
403 ; 537
Intelligibilité (clause) : **634** ; 642 ; 653 ; *du*
droit : **214** ; 223 ; **227**
Interdiction de se contredire au détriment
d'autrui (principe de) : 243 ; 246 ; 274 ; 281
et s.
Intérêt (des parties) : 498 ; 515 ; 537 ; 598 ;
618 et s. ; (général : 463 ; 467 ; 469 ; **625** et s.
Internet : **437** et s. ; *source d'information* :
439 ; **451** et s.
Interprétation (du contrat) : **216** ; 183 ; 634
Investiture (cérémonie) : 105
Irrévocabilité (du contrat) : 145 ; *délai d'*
offre : **421** et s.
Isolement du risque : **205** et s. ; **458** et s. ;
548 ; 551 ;

Jeu : **626**
Jurisprudence : *imprévisibilité de la* : 456 ;
472 et s. ; *revirement* : 226 ; **480** et s.
Justice (du contrat) : 99 ; 169 ; 188 ; **304** et s. ;
400 ; 590 ; **631**

L'aléa chasse l'erreur : 42 ; 59
Langue du contrat : **635** et s.
Lex mercatoria : 568 ; 394

Liberté contractuelle (principe de) : 64 ; 74 ;
157 ; 159 ; 242 ; 296 ; 303 et s. ; 395 ; **466** ;
497 ; 631

Lisibilité : *du droit* : 167 ; *du contrat* : **637** et s. ; 653 ; 656

Loi du concours (créancier chirographaire) : 501 ; 511

Loterie : **53** ; 391

Loyauté : 97 et s. ; 116 et s. ; 164 et s. ; 243 et s. ; 274 ; 284 et s. ; 310 et s.

Mandat apparent : **32** ; 49 et s.

Mensonge : **98** et s.

Minimiser le dommage (obligation de) : 77

Mise en garde (obligation de) : 15 ; 92 ; 110 ; 378

Morale : **98** ; 117 ; **239** ; **284**

Moralisation : 66 ; 99 ; 238

Motif légitime (rupture des négociations) : **83** et s. ; 242

Motivation enrichie : **485**

Mutualisation du risque : 527 ; 534

Négociations : **38** et s. ; 62 et s. ; **83** et s. ; 242 ; **250** ; 386 ; 576 ; **611**

Nemo auditur propriam turpitudinem allegans : 9 ; 246 ; 405

Nemo censetur ignorare legem : 60

Non rétroactivité des lois (principe de) : **143** ; 462 ; 468

Normativité (du contrat) : **137** et s. ; 476 et s.

Novation : 208

Nullité : 31 ; 37 ; 44 ; 119 ; 129 ; 267 ; 559 ; 573

Nullum censare ignorare legem : 374 ; 405

Obiter dictum : **486**

Obligation de sécurité : **378** et s.

Obligation implicite : 377

Obligation essentielle du contrat : 76 ; **80** ; 649

Obscurité : *de la loi* : **460** ; *du contrat* : 145 ; 178 ; 183

Offre : **421** et s.

Opinions dissidentes : **487**

Opposabilité (du contrat) : **206** ; 445

Ordre public : 138 ; **463** ; **615** et s. ; **625** et s.

Pacte de préférence : **578** et s. ; *action interrogatoire* : **267** ; 573 ;

Pactes sur succession future : **619** et s.

Paiement (risque de) : 175 ; 549

Pari : **626**

Personnalité juridique : 327 ; 414 ; 495

Perte de chance (indemnisation) : 386 ; 611

Petits-pas (politique des) : 260 ; 484

Possession : 36

Potestativité (clause) : **81** ; 201 ; 524 ; 643 ; 649

Préavis (délai de) : 64 et s. ; 612 ; 648

Précédent (jurisprudentiel) : 477

Preuve : risque de la : 178 ; 203

Principe : *général* : 166 et s. ; 225 ; **257** ; 265 ; 275 et s. ; 296 ; 310 et s. ; *directeur* : 312

Privilège : 105 ; 511

Prix (caractère déterminable du) : **608**

Probabilité : 41 ; 190 et s. ; 517 ; 533 ; 595

Procédure collective : 207

Processus de prévision : 316 ; 600

Produit défectueux (définition) : 347 ; 364

Promesse de contrat : *unilatérale* : 419 ; 524 ; **577** et s. ; *synallagmatique* : 577

Propriété apparente : 36

Publication : *loi* : 468 ; *acte authentique* : 123 ; *arrêts* : 484 ; 488

Publicité : *foncière* : **105** ; 123

Purge du risque : 267 ; 437 ; 573 ; 587

Quasi-contrat : 53 ; 391

Qui cum alio contrahit non debet esse ignarus conditionnis ejus : 106

Raisonnable : *individu* : 11 ; 215 ; 339 ; 353 ; 362 ; délai : 215 ; **418** et s. ; 421 ; **427** et s. ; 474 ;

Réception (théorie de l') : 424

Réduction pour excès : 399 ; 401 ; **405**

Réfaction : **398** et s.

Registre du commerce et des sociétés : **107**

Renseignement (obligation de) : 102 ; 118

Rentabilité (risque de) : 94 ; 113 ; 194 ; **510**

Répertoire civil : 106

Représentation (mandat) : **37**

Res perit debitori : 501

Res perit domino : 204 ; 501

Rescision : 398

Réseaux sociaux : **451** et s.

Résiliation : 176 ; 406 ; **612** ; **646** et s. ;

Résolution : *unilatérale* : 154 ; 512 ; *judiciaire* : 154 ; 409

Responsabilité contractuelle : 70 ; 390 et s.

Responsabilité délictuelle : 393 ; 445 et s.

Réticence dolosive : 100 ; 116 ; 119 et s. ; 266 ;

Rétractation (droit de) : 109 ; **432** et s.

Révision judiciaire : 399 ; **404** et s. ; 493 ; 512 ; 536 ; 658

Risk appetite : 502 ; **547 et s.**

Risque personnel et impersonnel : **153 et s.** ; 414 ; 495

Risque médiat : **179 et s.** ; 549 ; **557 et s.** ; 634

Risque normatif : **233** ; 415 ; **456 et s.** ; *calcul des* : 8 ; 21 ; *interne, ou endogène* : 154 ; **174 et s.** ; **235 et s.** ; *externe ou exogène* : 154 ; **185 et s.** ; **222 et s.** ; *matériel* : 153 et s. ; **157 et s.** ; 396

Sanction (de la règle de droit) : 138 ; **390 et s.** ; 647

Sécurité juridique (principe de) : 164 ; 210 ; **223 et s.** ; **276 et s.** ; 388 ; 479 et s.

Signe : 27 et s. ; 57 ; 65 ; 74 et s. ; 153 ; 372 et s.

Signifiant (par opp. au signifié) : 29 ; 198 ; 367 ; 484

Silence (formation du contrat) : **373 et s.**

Sincérité : **98 et s.** ; 239 ;

Solidarisme : **99 et s.** ; 304

Source du risque : **173 et s.** ; **414 et s.** ; 495 ; **552**

Stabilité : *du contrat* : 139 ; *du droit* : 13 ; 52 ; 143 ; **223 et s.** ; 460 ; **465** ; *de la*

jurisprudence : **480 et s.** ; *du comportement* : **251** ; 364 ; 407 ; 436

Standard juridique : 212 et s. ; 240 ; 353 ; 474

Standardisation : **568 et s.**

Statut : **628**

Sûreté : 154 ; 501 ; 511 ; 517

Survie de la loi ancienne (principe de) : **143** ; **462 et s.** ; **480 et s.**

Temps : 6 et s. ; 140 ; **187**

Terme : 508

Tiers : **443 et s.** ; **450 et s.**

Transaction : **60 et s.**

Transfert de propriété : 105 ; **508** ; 551

Transparence : 104 ; 107 ; 274 et s.

Usages : *source de droit* : 64 ; 280 ; 348 ; 422 ; 429 ; 607

Valorisation (du risque) : **517** ; 533

Vérité : 28 et s. ; 45 ; **50** ; 366

Viager (contrat) : 530 ; **621**

Vraisemblance : 29 et s. ; 46 ; 65 ; 364

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	11
PARTIE I : L'IDENTIFICATION D'UNE EXIGENCE DE PREVISIBILITE DANS LE DROIT DES CONTRATS	29
Titre I : Les manifestations de la prévisibilité contractuelle	31
Chapitre 1 : Des manifestations curatives présentes	35
Section 1 : La neutralisation des risques imprévisibles	36
Sous-section 1 : L'appréciation de la prévisibilité.....	37
§1 : La recherche d'une vraisemblance.....	38
§2 : L'existence d'une croyance.....	46
A) La croyance dans l'apparence du lien contractuel.....	47
1. <i>La croyance dans l'existence du lien contractuel</i>	47
2. <i>La croyance dans la persistance d'une relation précontractuelle</i>	52
B) L'apparence portant sur le contenu du contrat.....	55
Sous-section 2 : La protection de la prévisibilité.....	60
§1 : Efficience du critère de prévisibilité.....	60
A) Une protection équilibrée.....	61
B) Une protection accrue.....	65
§2 : Mise en œuvre du critère de prévisibilité.....	67
A) La mise en œuvre par la loi.....	67
B) La mise en œuvre par la jurisprudence.....	71
1. L'imprévisibilité dans l'erreur vice du consentement.....	71
2. L'imprévisibilité dans la sanction de la rupture abusive d'une relation contractuelle ou précontractuelle.....	76
Section 2 : L'effet donné aux événements prévisibles	82
Sous-section 1 : Le dépassement des prévisions.....	82
§1 : L'accroissement de la responsabilité.....	83
§2 : L'encadrement de la responsabilité.....	88

Sous-section 2 : L'évincement des prévisions.....	95
§1 : La police des clauses contractuelles.....	95
§2 : La police des comportements contractuels.....	99
A) L'exigence d'un motif légitime de rupture.....	100
B) Le contenu du motif légitime de rupture.....	103
Chapitre 2 : Des manifestations préventives sous-jacentes.....	107
Section 1 : La connaissance de l'avenir.....	109
Sous-section 1 : L'accès à l'information.....	111
§1 : Accroissement de l'information.....	111
A) La sincérité.....	111
B) La solidarité.....	115
§2 : Personnalisation de l'information.....	118
A) La mise à disposition impersonnelle.....	119
B) La communication personnalisée.....	124
Sous-section 2 : L'utilité de l'information.....	132
§1 : La consécration d'un devoir général d'information.....	132
§2 : La limitation du devoir général d'information.....	138
A) Le devoir d'information justifié par la prévisibilité	138
B) Le devoir d'information limité par la prévisibilité.....	144
1. <i>Un risque imprévisible pour le créancier.....</i>	<i>144</i>
2. <i>Un risque prévisible par le débiteur.....</i>	<i>147</i>
Section 2 : L'organisation de l'avenir.....	151
Sous-section 1 : Un avenir déterminé.....	152
§1 : Efficacité de la norme contractuelle.....	152
A) Source de la normativité du contrat.....	153
B) Effet de la normativité du contrat.....	155
§2 : Protection de la norme contractuelle.....	157
A) L'intangibilité du contrat et le législateur.....	157
B) L'intangibilité du contrat et le juge.....	160
Sous-section 2 : Un avenir anticipé.....	164
§1 : Une prévisibilité légale limitée.....	164
§2 : Une prévisibilité conventionnelle de principe.....	169
Conclusion du titre I.....	174

Titre II : La qualification de la prévisibilité contractuelle	177
Chapitre 1 : Un principe dissimulé	181
Section 1 : Un facteur d’homogénéité théorique	182
Sous-section 1 : Unité conceptuelle du risque.....	182
§1 : Diversité des sources.....	182
A) Risques endogènes.....	183
1. <i>Les risques purement endogènes</i>	183
2. <i>Les risques « médiats »</i>	186
B) Risques exogènes.....	190
§2 : Unité de cause.....	192
A) Le temps, support du risque.....	193
B) Le temps, cause de l’incertitude.....	197
Sous-section 2 : Unité conceptuelle de la régulation.....	200
§1 : Le risque éliminé.....	201
A) La suppression du risque.....	201
B) L’isolement du risque.....	203
§2 : Le risque intégré.....	207
Section 2 : Un facteur d’harmonisation technique	214
Sous-section 1 : La prévisibilité du risque exogène.....	215
§1 : Une composante du principe de sécurité juridique.....	216
§2 : L’essence du principe de sécurité juridique.....	221
Sous-section 2 : La prévisibilité du risque endogène.....	226
§1 : La prévention du risque.....	227
A) La prévisibilité dans le devoir de bonne foi.....	227
B) La prévisibilité dans le principe de cohérence contractuelle.....	233
§2 : La neutralisation du risque.....	237
Chapitre 2 : Un principe en devenir	246
Section 1 : Une hétéronomie persistante	248
Sous-section 1 : Une émancipation absente.....	249
§1 : L’exclusion d’une consécration légale.....	250
A) Une intégration partielle.....	250

B) Une intégration indifférente.....	256
§2 : L'absence de consécration jurisprudentielle.....	261
A) Des consécration implicites.....	261
B) Une consécration explicite.....	265
Sous-section 2 : Une émancipation souhaitable.....	270
§1 : La prévisibilité dans les instruments européens et internationaux.....	271
§2 : La prévisibilité dans le processus de réforme du droit des contrats.....	280
Section 2 : Une autonomie possible.....	284
Sous-section 1 : La qualification de principe.....	284
§1 : Les principes généraux du droit des contrats.....	285
§2 : La prévisibilité dans les principes généraux du droit des contrats.....	290
Sous-section 2 : La fonction du principe.....	297
§1 : Une norme générale.....	298
§2 : Une norme directrice.....	302
Conclusion du titre II.....	307
Conclusion de la première partie.....	309
PARTIE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PREVISIBILITE COMME PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT DES CONTRATS.....	311
Titre I : Une mise en œuvre limitée : la prévisibilité légale.....	315
Chapitre 1 : Limite théorique tenant à la définition du contrat.....	320
Section 1 : L'évaluation d'une refondation du principe de force obligatoire.....	321
Sous-section 1 : L'intérêt relatif de la notion d'attente légitime.....	324
§1 : Une réception timide de la notion en droit français.....	325
§2 : Une insuffisance conceptuelle.....	329
Sous-section 2 : L'imprévisibilité de la notion d'attente légitime.....	333
§1 : L'attente : source d'interventions judiciaires imprévisibles.....	333
§2 : La légitimité : cadre prévisible de l'intervention du juge.....	337
A) Une croyance raisonnable.....	337
B) Une situation prévisible.....	341

Section 2 : L’encadrement d’une refondation du principe de force obligatoire.....	346
Sous-section 1 : Le contenu des prévisions.....	347
§1 : La recherche de signes suffisants d’anticipation du risque.....	347
§2 : La vérification d’une prévisibilité réciproque.....	352
Sous-section 2 : L’opposabilité des prévisions.....	358
§1 : Une créance portant sur la création d’un risque personnel.....	359
A) Une opposabilité limitée	359
B) Une sanction à adapter.....	363
§2 : L’exclusion d’une prise en compte du risque matériel.....	369
A) L’impossible recours à l’attente légitime pour justifier la révision pour imprévision...370	
B) La nécessité d’un traitement prévisible de l’imprévision.....	377
Chapitre 2 : Limite technique tenant à la source du risque.....	387
Section 1 : La prévention du risque personnel.....	388
Sous-section 1 : La réduction des incertitudes au sein du contrat.....	389
§1 : L’encadrement des temps d’incertitude en droit commun.....	389
A) L’imposition de nouveaux délais dans la formation des contrats entre absents.....	391
B) L’imprévisibilité du « délai raisonnable ».....	397
§2 : La persistance de temps d’incertitude dans les droits spéciaux.....	400
A) Une responsabilisation souhaitable du consommateur.....	400
B) Emergence d’un nouveau modèle de contrat à distance : l’achat en ligne.....	405
Sous-section 2 : L’isolement du contrat vis-à-vis des tiers.....	410
§1 : L’intervention directe des tiers dans le contrat.....	411
§2 : Les interférences indirectes des tiers en amont du contrat.....	416
Section 2 : La prévention du risque normatif.....	420
Sous-section 1 : L’isolement du contrat du risque légal.....	421
§1 : L’imprévisibilité résiduelle de la norme légale.....	421
§2 : La mise en œuvre d’une prévisibilité de l’environnement légal.....	427
A) La consécration d’un principe constitutionnel de maintien de la légalité acquise.....	427
B) L’admission d’exceptions strictement limitées.....	430
Sous-section 2 : L’intégration dans le contrat du risque jurisprudentiel.....	434
§1 : L’imprévisibilité structurelle de la norme jurisprudentielle.....	435
§2 : L’intégration du risque jurisprudentiel dans le contrat.....	442

A) La soumission du risque jurisprudentiel au principe de sécurité juridique.....	442
B) La prévisibilité des revirements de jurisprudence.....	445
1. <i>L'annonce indirecte du revirement</i>	446
2. <i>L'annonce indirecte des revirements</i>	450
Conclusion du titre I	454
Titre II : Une mise en œuvre encouragée : la prévisibilité conventionnelle	457
Chapitre 1 : La mise en œuvre d'une régulation conventionnelle	461
Section 1 : La gestion du risque	462
Sous-section 1 : Nécessité d'une contractualisation du risque.....	463
§1 : Le retrait du droit.....	464
§2 : L'intérêt des contractants.....	468
Sous-section 2 : Techniques de contractualisation du risque.....	472
§1 : La soumission du contrat au risque.....	473
A) L'obligation conditionnelle.....	473
B) Le contrat aléatoire.....	477
1. <i>L'indifférence de la prévisibilité de l'aléa-événement</i>	480
2. <i>L'indifférence de la prévisibilité de l'aléa patrimonial</i>	483
§2 : La soumission du risque au contrat.....	485
Section 2 : L'adaptation du risque	489
Sous-section 1 : L'opportunité de l'adaptation.....	489
§1 : Les conditionnements volontaires (le « <i>risk appetite</i> »).....	490
§2 : Les conditionnements involontaires.....	496
A) La prévention du risque médiat.....	497
B) La prévention du risque purement exogène.....	499
Sous-section 2 : Les techniques d'adaptation.....	504
§1 : Nature de l'acte de prévisibilité.....	505
A) Les clauses accessoires de prévisibilité.....	506
B) Les actes autonomes de prévisibilité.....	509
1. <i>La prévisibilité imposée</i>	510
2. <i>La prévisibilité négociée</i>	512
§2 : Fonctions de l'acte de prévisibilité.....	518

A) Les restrictions conventionnelles de la liberté du cocontractant.....	519
B) L'accroissement de l'effet comminatoire de la contrainte légale.....	520
Chapitre 2 : Le contrôle de la régulation conventionnelle.....	525
Section 1 : La prévisibilité du risque.....	527
Sous-section 1 : La prévisibilité favorisée.....	528
§1 : La prévisibilité du risque.....	529
§2 : L'utilité du risque.....	535
A) Eviter une perte.....	535
B) Permettre l'exercice d'un droit ou d'une liberté.....	539
Sous-section 2 : La prévisibilité empêchée.....	543
§1 : L'intérêt individuel.....	544
§2 : L'intérêt général.....	550
Section 2 : La prévisibilité du contrat.....	555
Sous-section 1 : La prévisibilité formelle.....	557
§1 : La prévisibilité intrinsèque.....	557
§2 : La prévisibilité extrinsèque.....	560
Sous-section 2 : La prévisibilité normative.....	565
§1 : La stipulation de clauses réduisant la prévisibilité.....	566
§2 : Le contrôle des clauses réduisant la prévisibilité.....	568
Conclusion du titre II.....	578
Conclusion de la seconde partie.....	579
CONCLUSION GENERALE.....	581
BIBLIOGRAPHIE.....	587
INDEX.....	615
TABLE DES MATIERES.....	619